

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
REDAÇÃO DE MONOGRAFIA

DIREITO À VIDA – ANÁLISE MULTIDISCIPLINAR DO
ABORTO E CRÍTICA À ABORDAGEM DE RONALD
DWORKIN

Gabriel Augusto Silva Sanhueza Cuevas
Matrícula: 2006/84724

Brasília, Julho de 2013

GABRIEL AUGUSTO SILVA SANHUEZA CUEVAS

DIREITO À VIDA – ANÁLISE MULTIDISCIPLINAR DO ABORTO E CRÍTICA À
ABORDAGEM DE RONALD DWORKIN

Trabalho monográfico jurídico apresentado
como exigência final da disciplina Redação
de Monografia à Universidade de Brasília –
Faculdade de Direito.

Orientador: Prof.: George Rodrigo Bandeira
Galindo

Brasília

Campus Darcy Ribeiro

2013

“Não é fácil se opor publicamente às escolhas que muitos consideram óbvias, o aborto em caso de gravidez indesejada, a eutanásia em caso de doença grave ou a seleção dos embriões para prevenir doenças hereditárias” (Papa Bento XVI, primeira conferência geral após anúncio da renúncia à Cátedra de São Pedro - 13/02/2013)

RESUMO

Inicialmente será trabalhado o aborto sob uma perspectiva multidisciplinar, de modo a trazer as múltiplas abordagens da temática, com textos dos mais variados autores, das mais variadas correntes doutrinárias. Após este capítulo, será analisada a abordagem de Ronald Dworkin sobre a perspectiva religiosa da questão com vistas a formular uma crítica a sua utilização da religião e de textos teológicos de santos católicos no debate sobre o assunto.

Palavras-chave: Nascituro. Direito à Vida. Embrião. Pessoa. Personalidade. Concepcionistas. Natalistas. Aborto. Ronald Dworkin. Valor Intrínseco. Sagrado. Liberdade Religiosa. Igreja Católica. Santo Agostinho. São Tomás de Aquino. Alma. Feto.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. QUESTÕES ACERCA DO NASCITURO INDESEJADO	8
2.1. PERSPECTIVAS GERAIS – DIREITO/PERSONALIDADE.....	8
2.2. PERSPECTIVA NOMINOLÓGICA E POLÍTICO-SOCIOLÓGICA	10
2.3. PERSPECTIVA FILOSÓFICA	13
2.4. PERSPECTIVA JURÍDICO-DOCTRINAL	21
2.5. PERSPECTIVA RELIGIOSA	32
2.6. PERSPECTIVA HERMENÊUTICA	38
3. INTERPRETAÇÃO DE TEXTOS TEOLOGAIS – CRÍTICA À ABORDAGEM DE RONALD DWORKIN	40
4. CONCLUSÃO	53
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi desenvolvido tendo em vista a atual situação da temática do direito à vida no debate público. Muitas vezes minorizado em sua importância, tal direito é tratado como superado ou de importância relativa, sendo posto como uma mera formalidade que os códigos trazem como simples declaração.

É um tema de forte importância no mundo jurídico, mas que é pouco debatido e assentado na academia. Não é por acaso que seu mero questionamento a personalidades públicas é capaz de reverter o quadro de eleições presidenciais e compor a Suprema Corte dos EUA.

Será apresentado o tema sob várias perspectivas, tendo em vista não tratar-se de um tema fechado, hermeneuticamente isolado, e tampouco possível de ser trabalhado sob um raciocínio contínuo e exegeticamente linear. No primeiro capítulo haverá críticas objetivas de natureza político-sociológica, não para criticar tal sistema gratuitamente, para fazer propaganda política contra este ou aquele, mas porque foram estes sistemas e ideologias (notadamente os comunistas) quem legitimaram e normalizaram a prática do aborto. Não será uma crítica fora de contexto, pelo contrário, será oportuna, pois apontará o surgimento e desenvolvimento das correntes pró-aborto na sociedade contemporânea e como este sempre foi paralelo a sistemas antidemocráticos e que tinham no desamor e na frieza à vida uma política a ser implementada.

Em um momento específico será colocada a perspectiva religiosa do tema, não com a intenção de sustentar teses jurídicas ou sociológicas com o argumento de autoridade da religião (afinal isso seria limitar o debate acadêmico), mas de responder a autores específicos que buscam utilizar textos religiosos para legitimar a prática do aborto. Essa prática será mais a fundo analisada no último capítulo, quando Ronald Dworkin será estudado na sua tentativa de desvirtuar os textos de santos da Igreja.

Serão também a fundo estudados os entendimentos doutrinários acerca do tema e as legislações já desenvolvidas, que será o ponto máximo do raciocínio jurídico do tema, onde será analisada a extensão da doutrina na compilação legal de até então e como alguns equívocos podem estar sendo cometidos na interpretação de alguns textos legais e como isso atinge frontalmente a análise e estudo do Direito à Vida.

Apresento de pronto a limitação de cientificidade deste estudo, como um cientista que colhe os dados de campo, realiza experimentos e chega a conclusões. Como todo estudo na área de humanidades, trata-se de análise de comportamentos e atitudes humanas; o estudioso jamais poderá se colocar como objeto da análise (o estudioso abandona automaticamente a neutralidade do pesquisador por se observar no objeto de análise), o que pende para tratar todo estudo na área de humanidades como uma arte liberal (como diriam os medievais criadores das primeiras universidades; uma arte que libera a alma da ignorância e, conseqüentemente, dos vícios), e não como ciência.

Também é importante salientar a quase impossibilidade de ser este um estudo científico ao ponderar as perspectivas contrárias de forma equivalente e, em seguida, chegar a conclusões pela lógica assimilativa. Isso se dá porque este é um tema em que o estudioso já chega ao trabalho com muitos conceitos formados. O que se buscará aqui é analisar as principais teses contrárias e favoráveis e suas principais fontes; e, num diálogo franco, apontar falhas argumentativas e erros comuns.

Isso não ocorre por desprezo a esses estudiosos. O que ocorre é que são inumeráveis os enganos e senso comuns falsos que são propagados em sociedade com seus textos relativistas e hedonistas. Uma das dimensões do Direito é a combatividade e necessidade de defesa que geram (como sugere Ihering em seu clássico “A luta pelo Direito”), principalmente os direitos dos mais vulneráveis na ordem do estado de direito, que são, dentre outros, os seres indesejados ainda não nascidos.

2. QUESTÕES ACERCA DO NASCITURO INDESEJADO

2.1 PERSPECTIVAS GERAIS – DIREITO/PERSONALIDADE

No que se refere ao conceito de nascituro, importantes questões se evidenciam quanto à sua definição e ao seu enquadramento jurídico. Como se encontra ele diante do Direito Brasileiro, sua situação jurídica? Ele é considerado uma pessoa no sentido jurídico? Quando começa a personalidade civil do homem, no nascimento ou na concepção? Diante dele, como a ciência e a bioética se portam? Como o Direito exerce fundamental papel de proteção aquele tão dotado de direitos e tão frágil em sua proteção?

Tais questões nos remetem à perquirição da própria existência do Direito, pois o próprio sujeito de direitos encontra-se em sua gênese diante do Direito, nas palavras de Sérgio Abdalla: *“O estudo do Direito deve começar pelas pessoas, porque não é possível conhecê-lo sem conhecer estas”*¹.

Importante aqui salientar a perspectiva de alguns autores no que concerne à relação Direito-Personalidade. Enquanto Ihering propõe uma visão clássica e amplamente concebida, de que todo direito deve considerar, em primeiro lugar, o sujeito, Kelsen trabalhou acerca do conceito de direito subjetivo corresponder ao de sujeito de direito, constituindo o sujeito pela necessidade de representar um titular de direitos subjetivos e de deveres jurídicos, sendo o sujeito de direito uma mera projeção de algo que possua direitos subjetivos².

¹ SEMIÃO, 1998, Pg. 20

² Afirma Hans Kelsen, em sua obra prima “Teoria Pura do Direito”: *“A Teoria tradicional identifica o conceito de sujeito com o de pessoa. Eis a definição: pessoa é o homem enquanto sujeito de direitos e deveres (...) Também se diz que o homem tem personalidade, que a ordem jurídica empresta ao homem personalidade, e não necessariamente a todos os homens. Os escravos não são pessoas, não tem qualquer personalidade jurídica (...) Em que consiste então o fato de que a teoria tradicional caracteriza com a afirmação de que a ordem jurídica empresta ao indivíduo ou a certos indivíduos a personalidade jurídica, a qualidade de ser pessoa? Nada mais nada menos que na circunstância de a ordem jurídica impor deveres e conferir direitos aos indivíduos, quer dizer: no fato de fazer a conduta dos indivíduos conteúdo de deveres e direitos. “Ser pessoa” ou “ter personalidade jurídica” é o mesmo que ter deveres jurídicos e direitos subjetivos. A pessoa, como “suporte” de deveres jurídicos e direitos subjetivos, não*

É neste ponto que encontramos toda a chamada ciência jurídica (terminologia que Kelsen intenta consolidar com esforços hercúleos) colocando a sua criatura (Leis) acima de seu criador (Homem). Este é um ponto crucial. Aqui vemos a doutrina colocar o homem em função de seus direitos, sendo a pessoa uma mera ficção jurídica. Verificamos essa perspectiva, com mais de meio século de doutrina, atuante e influente nas relações jurídico-sociais. E aqui nasce um perigo contemporâneo, um perigo surgido num período em que a necessidade de valorizar os direitos (principalmente os de matiz fundamental) era latente (pós-grandes guerras). Como consequência, autores como Kelsen teorizaram o direito a ponto de tornar os homens e suas necessidades um mero apêndice de seu exercício.

É esse direito que se insinua luz, esse direito que se propõe fonte inigualável de verdade que irá lançar sombras sobre qualquer direito ou perspectiva de direito que venha a se colocar em seu caminho, e o esmagará antes mesmo de sua concepção. Os juristas contemporâneos, notadamente os do período pós-guerras, se esgueiraram num esforço hercúleo para firmar os ditos direitos humanos, necessariamente positivados, como paradigma dominante, e o lograram. Contudo, o discurso triunfante, baseado nos valores da liberdade e igualdade, advindo dos sistemas vencedores dos conflitos mundiais (notadamente, a democracia ocidental laicista e os sistemas comunistas anticlericais) se imbuíram da missão de ditar o que constitui os “direitos humanos”.

Contudo, tal missão mostrou-se completamente fracassada, conforme observamos nos dias de hoje. Se, por um lado, criou-se um terror para qualquer tentativa de emancipação de governos ultranacionalistas, baseada numa ideologia que era misto de socialismo com alta cultura (como ocorreu na Alemanha nazista da década de 30), por outro o indivíduo está impossibilitado de afirmar qual direito mais lhe toca, delinear uma estrutura própria de valoração de direitos e

é algo diferente dos deveres jurídicos e dos direitos subjetivos dos quais ela se apresenta como portadora (...) A pessoa física ou jurídica que “tem” – como sua portadora – deveres jurídicos e direitos subjetivos é estes deveres e direitos subjetivos, é um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos cuja unidade é figurativamente expressa no conceito de pessoa. **A pessoa é tão somente a personificação desta unidade**” Grifos próprios (KELSEN, 2003, Pgs. 191-193). Essa perspectiva meramente instrumental da pessoa, que desconsidera sua origem etimológica e antropológica, é a ‘caixa de pandora’ do mundo jurídico contemporâneo para relativização dos indivíduos frente o direito, proclamando este seus titulares exclusivos.

propagá-los em sociedade. Tornamos-nos numa sociedade de padronização e massificação dos direitos.

Observamos isso mais claramente onde o espírito de liberdade não é facilmente verificável nas relações sociais, notadamente, em nações de baixo desenvolvimento social. Nelas, muito pela limitada formação educacional de sua população, verificamos uma fácil expansão e enraizamento de discursos em que o Direito é tratado de forma totalitária, objetivamente ou não (como costuma ocorrer mais comumente).

Ocorre que, destes últimos três ou dois séculos para cá, do dito iluminismo até os dias atuais, a “engenharia social” se incumbiu de desmontar parâmetros de valoração dos direitos, ou seja, relativizou a fonte e a aplicabilidade dos mesmos de modo a atenderem mais aos interesses ideológicos que aos interesses das pessoas. Dentre estes interesses, como verificamos em qualquer sistema igualitarista desde então (donde a ideologia triunfou sobre os indivíduos), os indivíduos se tornam meros meios para obtenção de resultados. **Eles já não são mais um fim em si mesmo, já não são mais plenos portadores de direitos, senão instrumentos do Estado para obtenção de resultados.**

2.2. PERSPECTIVA NOMINOLÓGICA E POLÍTICO-SOCIOLÓGICA

E neste ponto retornamos à situação do nascituro. Se, em um primeiro momento, foi importante dimensionar a situação do sujeito de direito diante do direito subjetivo, e como essa situação encontra-se relativizada e subjulgada, agora interessa correlacionar esse sujeito de direito ao vocábulo pessoa³, em sua etimologia,

³ O conceito de pessoa para Santo Tomas de Aquino: “Na obra de São Tomás de Aquino encontra-se uma fundamentação metafísica para essa dignidade da pessoa humana. O filósofo assim define a pessoa: “Pessoa significa o que é mais perfeito em toda a natureza, a saber, o subsistente na natureza racional”. Pessoa, em sua definição, é o nome que se dá aos indivíduos de natureza racional, com as

que nos remete ao ser em si. Vejamos o entendimento antropológico de pessoa do professor Ronaldo Poletti:

“MASCARA DA IMORTALIDADE. Conhecida a origem da ideia de pessoa no teatro clássico grego. Pessoa é a máscara que identifica a personagem na peça e, depois, o próprio ator e, depois, todos os homens na grande representação do teatro da vida e, em especial no palco do direito. Na sociedade primitiva, antropofágica, totêmica, fetichista, a máscara é sempre uma máscara mortuária na busca de recuperação pelo vivo das virtudes eternas do morto. A máscara é sempre uma referência à imortalidade. (...). A eleição pela Constituição brasileira, erigindo o valor da pessoa humana, como um dos princípios fundamentais (refletindo-se na primazia dos direitos humanos), constitui uma clara demonstração da adesão constitucional ao espiritualismo, base da crença na transcendência do destino do homem”⁴.

A riqueza etimológica e humanística do vocábulo “pessoa” invalida qualquer reducionismo que limite sua compreensão, como analisamos no item anterior estar presente na obra de Hans Kelsen. Temos, ainda, no entender de Sérgio Abdalla:

“Pessoa é palavra cognata do vocábulo personalidade, ambos tendo como étimo o vocábulo latino persona, que certos pesquisadores afirmam ter como significado original “máscara”, que em Roma servia para melhor ressoar a voz dos artistas nos teatros das urbes imperiais. No entanto, renomados juristas tedescos asseveram ter ela uma origem etrusca mais remota, invocando ainda uma possível raiz grega. É certo, porém, que tais origens não se mantiveram, e hoje a palavra derivada pessoa tem outro significado.

características já apontadas no Capítulo 1. E esclarece: “O nome pessoa não é imposto para significar o indivíduo por parte de sua natureza, sim para significar a realidade subsistente em tal natureza”. O termo pessoa significa, portanto, o ser subsistente que tem natureza racional” Grifos próprios (MAGALHÃES, 2012, Pg. 112)

⁴ POLETTI, 2009, Pg. 5

Atualmente, na concepção filosófica, pessoa é o ser humano no seu aspecto racional, dotado de ação através da vontade. É o indivíduo racional capaz de querer. Entretanto, na acepção jurídica, pessoa designa todo ser capaz de ter direitos e obrigações. É o sujeito de direitos, no que difere da coisa, tida sempre como o objeto de uma relação jurídica”⁵.

Aqui vemos o quanto a doutrina se encontra instável no uso de suas terminologias. Então, aquelas pessoas com deficiências, ou, mais comumente, os “interditáveis”, incapazes de desenvolver qualquer relação lógica ou desenvolver qualquer argumento racional, não são pessoas diante da filosofia? Seriam coisas (meros objetos de relações jurídicas)? O simples fato de existir e não manifestar qualquer ato ou vontade de interromper seu curso natural de vida, já não constitui nesta pessoa um “indivíduo racional capaz de querer”? Este é o ponto onde iremos unir a proposta deste trabalho com o conteúdo doutrinal.

O ser humano gerado da concepção, por não ter obrigações, apenas direitos, não pode ser designado como pessoa? É aqui que o autor denota o quanto a relativização dos direitos entremeia qualquer discurso nos dias de hoje. Esses indivíduos, aos quais não podem ser exigidas obrigações (e consequentemente, pela interpretação do autor, destituídos do quadro de sujeitos de direito) são tratados de modo consciente (ou não, como no caso do autor) como coisas, objetos, e desta relativização surge um quadro do que de pior expressou a humanidade nestes últimos dois séculos, que foi a eugenia.

A seleção de seres humanos de acordo com suas capacidades, e o que é pior, a eliminação dos incapazes, não foi uma ocasião pontual na história da humanidade (Alemanha nazista). Esta perspectiva eugenista surgiu teorizada na era contemporânea principalmente nos escritos de Karl Marx. Os primeiros nazistas, como Joseph Goebbels no início da ascensão nazista (depois obscurecido por motivações políticas), estudaram o movimento “revolucionário” russo e muito particularmente Lenin. Este, por sua vez, adotou a teoria de Marx em todo o processo revolucionário russo.

⁵ SEMIÃO, 1998, pg. 22

As raízes do eugenismo se encontram no marxismo, e isso explica porque hoje são os movimentos esquerdistas os que mais fomentam essas políticas contrárias à vida.

Faz-se importante ressaltar toda essa perspectiva político-sociológica para compreendermos a raiz do movimento pró-aborto moderno. Não são críticas infundadas, não específicas. Elas não constituem mera panfletagem partidária, mas repugnância genuína à toda ideologia ou política que tenha se voltado contra o Direito à Vida⁶. Por fim, temos nas palavras do Professor Ronaldo Polleti, a perspectiva romanista da situação do nascituro:

*“Dever-se-ia entender o nascituro como uma pessoa? No D. 37.9.1.15. [Digesto], há um valioso ensinamento de Ulpiano: “... não duvidamos que o pretor deva socorrer também ao que vai nascer, bem mais porque a sua causa deve ser mais favorecida do que aquela do menino; pois se favorece ao concebido para que venha à luz, enquanto ao menino para que seja reconhecido na família; porque o concebido tem que ser nutrido pois nascerá não somente para o pai, ao qual se diz pertencer, mas também para a república””.*⁷

2.3. PERSPECTIVA FILOSÓFICA

Retornando da análise político-sociológica da questão, pertinente fazermos uma análise filosófica. Sabemos que o saber jurídico não é separado dos demais saberes, mas sabemos, sobretudo, o quanto a filosofia foi fundamental para o surgimento e desenvolvimento do mundo jurídico. É exatamente por isso que faz pouco sentido quando os doutrinadores, ao analisar determinada

⁶ O professor Antônio José Eça é pontual na assertiva: *“Isto [aborto econômico] já teve um precedente no mundo, pois a Rússia, por 16 anos, mais precisamente entre 1920 a 1936, teve instituído como legal, o aborto econômico. Em 1936, tal lei foi revogada, voltando a Rússia nesta matéria, a uma posição tão severa como a nossa, uma vez que os resultados não foram tão excepcionais como os esperados. Isto, contudo, até 1955, pois desde então, estabeleceu-se na Rússia a liberdade do aborto”* (MARTINS, 2005, Pg. 547)

⁷ POLETTI, 1996, Pg. 76

terminologia, dividem os entendimentos “conforme o Direito” ou “conforme a filosofia”, como se houvesse um entendimento filosófico apartado do entendimento jurídico. Senão vejamos. Para a filosofia, a personalidade é, essencialmente, aquilo que diferencia o indivíduo do seu meio social; está correlacionada à identidade, sendo esta a pessoa. O fato de eu ser um estudante, apreciador de teologia e praticante de esportes constitui a minha personalidade, não é a minha pessoa, que é anterior à personalidade, estando esta em função daquela.

Já o saber que se pretende unicamente jurídico, apartado de outros conhecimentos, decidiu estabelecer a “personalidade civil” como marco para o estabelecimento dos direitos ao indivíduo. Sabemos que, para haver diferenciação e, com isso, surgimento de personalidade, é necessário tempo. A criança desenvolve sua personalidade em interação com as outras e com a família; **pois o nascituro já desenvolve sua personalidade em interação com os pais, mais expressamente, com a mãe.**

Vejamos a posição do jurista norte-americano, Ronald Dworkin:

“Se os argumentos apresentados neste livro são bem fundados, as pessoas não poderão pensar que um feto tem interesses próprios a partir do momento da concepção, porque não existe ainda tal pensamento no feto. Se algumas pessoas resolvessem portar cartazes nos quais proclamassem a crença em círculos quadrados, não estaríamos sendo sensatos se as entendêssemos como se estivessem afirmando que os círculos podem ser quadrados. Procuraríamos alguma outra ideia coerente para lhes atribuir, uma ideia diferente que pretendessem expressar ao afirmarem o que afirmaram. A ideia de que um feto tenha interesses próprios antes que possa ter qualquer vida mental não é uma autocontradição tão óbvia quanto a afirmação de que um círculo pode ser quadrado. Mas, se meus argumentos estiverem certos, também não é mais sensata. Assim, não podemos afirmar que entendemos as pessoas se atribuirmos essa “ideia” a elas: atribuir incoerência constitui, antes, uma confissão da incapacidade de compreender. Precisamos aprofundar nossa maneira de ver essas questões, e é isso que tentarei fazer aqui.”⁸

⁸ DWORKIN, 2003, Pg. X

Por uma leitura que o autor possibilita, se você não concorda com ele, e coloca sua crença em cartazes, é como se estivesse afirmando que círculos podem ser quadrados. O encadeamento lógico esbarra num dado simples: interesse é racional? Ou, então, o cachorro aos nossos pés esperando um pedaço de nossa comida está raciocinando, está pensando? **Ninguém afirma haver raciocínio no feto, e isso não justifica sua despersonalização.** Onde se enquadram nessa assertiva os que possuem graves transtornos mentais, dificuldades intelectivas ou os interditados por motivos psiquiátricos?

Ronald Dworkin, em sua obra, acusa de irresponsabilidade e falta de seriedade seus oponentes - o faz de forma indireta, dizendo que as exceções liberais é que protegem a vida à sério⁹ – sendo que esta vida, para o autor, é apenas os interesses, os desejos e os investimentos sentimentais e econômicos que fazemos nela, o que podemos depreender de sua obra. Adiante, o mesmo autor faz uma estranha comparação para defender que o interesse se encontra apenas em seres já desenvolvidos:

“Para que algo tenha interesses, nem mesmo basta que na verdade esteja em vias de transformar-se em um ser humano completo. Imaginemos que, no exato momento em que o Dr. Frankenstein acionou o mecanismo que daria vida ao conjunto de partes de diferentes corpos em sua mesa de laboratório, uma pessoa horrorizada com a experiência arrebatasse toda a aparelhagem. Esse ato, seja o que for que dele pensemos, não teria sido lesivo ou injusto para com o conjunto, assim como não atuaria contra seus interesses. É possível objetar que, ao contrário de um óvulo não fertilizado ou de um conjunto de partes de diferentes corpos, um feto recém-concebido está em vias de tornar-se um ser humano completo por si próprio, prescindindo, portanto, de qualquer ajuda externa. Mas isso não é verdade – a ajuda externa, tanto da gestante quanto dos recursos da ciência é fundamental. De qualquer modo, a diferença é irrelevante para a questão em pauta; o conjunto de partes de corpos não teria interesses – interromper a experiência antes que essas partes começassem a viver não lhes causaria dano algum – ainda que o Dr.

⁹ DWORKIN, 2003, Pg. 135

Frankenstein houvesse concebido um processo que funcionasse automaticamente, a menos que fosse interrompido, e que esse processo automático já tivesse começado. Não tem sentido imaginar que alguma coisa tenha interesses próprios – não obstante ser importante o que lhe aconteça -, a menos que tenha, ou tenha tido, alguma forma de consciência: algum tipo de vida mental e de vida física”¹⁰

Será que as “partes” da criança em formação são desprovidas de vida, e, com isso, de interesses, para ser feita semelhante comparação? É razoável comparar os interesses de um ser em formação com uma máquina desprovida de vida, de sentidos, uma ficção científica?

Pergunta-se: por que o Direito deve estar necessariamente vinculado ao interesse? Não estaria ele perdendo sua condição filosófica, apartado da principiologia e da axiologia? Essa é outra face dos juristas materialistas contemporâneos: conceber, debater e externar o Direito apenas conforme a sociologia, o que o empobrece e o desmerece em seu real valor, em sua maior virtude.

Ainda assim, neste campo, temos fundadas e fortes razões para afastar terminantemente o aborto e qualquer agressão à vida, nas palavras de Leslei Lester:

“A ordem da justiça, portanto, é fundamental para se estabelecer a existência a um determinado povo. Onde vige a lei do mais forte, e não a justiça, não pode haver direito e, portanto, não pode haver a comunidade jurídica que estabelece os direitos conforme a dignidade de cada cidadão. Ora, em uma República na qual os mais indefesos são descartados pelos mais fortes, esta não se pode chamar comunidade política, mas ajuntamento de pessoas. Assim entendido, o aborto é o crime mais pernicioso às bases do convívio social, eis que desagrega a base da sociedade, que é a família, e estabelece a lei do mais forte, donde deveria vigorar a lei do amor, da entrega e do sacrifício”¹¹ .

¹⁰ DWORKIN, 2003, Pgs 20-21

¹¹ MAGALHÃES, 2012, Pg 50

O aborto constitui, mesmo no nosso ordenamento atual, um crime gravíssimo, onde é praticado geralmente em associação entre a gestante e um terceiro e sem possibilidade de defesa para a vítima.

Ainda no intento de desvincular o direito dos interesses, que é fundamental para sua implementação plena nas relações sociais, cabe observarmos novamente os termos adotados por Leslei Lester no que concerne à atributividade do direito a seus portadores, os sujeitos:

“Os direitos naturais, portanto, são os bens que devem ser atribuídos à pessoa, por pertencer-lhe à título natural, tal como é o direito à vida. Nesse sentido, as pessoas não nascidas são titulares de direitos naturais pelo simples fato de serem pessoas. Dar a cada um o que é seu é uma exigência para cada caso e para cada pessoa em particular. Essa é a concepção realista do direito natural. A introdução do direito subjetivo como faculdade foi uma realização do jusnaturalismo racionalista”¹².

Além do relevantíssimo conteúdo que aponta a flagrante importância do Direito Natural para entendermos toda questão (afastada de pronto por todos os escritores pró-aborto que, quando não estão descaracterizando o feto enquanto pessoa, estão desqualificando este debate e partindo apenas para um cenário onde “as leis são feitas pelos homens e para os homens”, atendendo somente os interesses destes e que sua positivação é o único meio de se reconhecer tais direitos¹³), é interessante notarmos a parte final do trecho.

¹² MAGALHÃES, 2012, Pg. 51

¹³ Na visão do professor Javier Saldaña: “La coherencia en el razonamiento anterior, nos lleva a aceptar estos derechos [**Direitos Humanos – Direito à Vida**] como una realidad preexistente al reconocimiento que se haga de ellos. **Es decir, son derechos prepositivos, nunca otorgados por la sociedad ni sometidos al arbitrio del poder estatal.** ‘En efecto, en el fondo se trata de tener conciencia de la dignidad objetiva de la persona humana, de que el hombre no puede ser tratado al arbitrio del poder y de la sociedad, porque es objetivamente un ser digno y exigente, portador de unos derechos en virtud de su dignidad, **reconocidos, pero no otorgados por la sociedad**’. Si los derechos humanos no fueran anteriores al derecho positivo, serían simples “edictos de tolerancia revocables”, para decirlo con Robert Spaemann: **‘Los derechos humanos, entendidos de modo positivista, no son otra cosa que edictos de tolerancia revocables’.** SPAEMANN, R., “Sobre el concepto de dignidad humana”, em AA. VV., *El derecho a la vida...*, op. cit., p.82” Grifos próprios (MARTINS, 2005, Pg. 44)

O direito subjetivo como faculdade vem sofrendo um grave viés, e muito por parte do jusnaturalismo racionalista, que coloca o homem no centro de toda problemática e existência. Essa hipervalorização alcançou sua faculdade, e hoje, para os escritores contemporâneos, o homem já não consegue ser visto sem esta faculdade: está em função dela e praticamente vive por meio dela. É um evidente caso de diminuição do homem frente sua criação (conforme visto no primeiro item deste capítulo). O homem também é matéria espiritual. Matéria de fé.

Para entendermos o elixir desta vertente social de descriminalização do aborto, cumpre analisarmos novamente as palavras de Leslei Lester:

“Como se pode perceber, os laços mais estreitos são o fundamento dos laços mais abrangentes e, portanto, a sociedade familiar é aquela sobre a qual se deve prestar mais serviços e zelar pelo bem de cada um. Nesse sentido, a relação de paternidade e maternidade é que solidifica todos os laços sociais, eis que solidifica a família. Os deveres para com os filhos devem ser tutelados pelo Estado, e, portanto, a criminalização das condutas abortivas é uma exigência do bem comum, pois visa garantir o primeiro dever dos pais para com os filhos: garantir-lhes a vida.

Em todos esses casos, o consentimento dos pais quanto à morte dos filhos ofende a justiça natural e nenhuma lei poderá tornar justo o que é injusto por natureza. Esta falta de solidariedade familiar é promovida pela ideologia de gênero de cunho marxista, idealizada por Marcuse, que entende que as relações fundamentais entre os pais e filhos e entre marido e mulher são relações de dominação de classe, de exploração, e não de afeto e carinho, como devem ser. Essa visão padece do mesmo vício do marxismo em geral, que tenta explicar todas as relações sociais pela luta de classes, sob uma [ótica] meramente econômica, reduzindo o ser humano apenas a um ser material, transformando o homem em um fantoche do meio social, negando-lhe a liberdade e a sua espiritualidade, elementos essenciais da pessoa humana (...)

Tal ideologia, iniciada com a obra de Friedrich Engels e aperfeiçoada por Herbert Marcuse, foi o motor conceitual da chamada revolução sexual inflada também pelo feminismo existencialista de Simone de Beauvoir, que pretendia destronar a família do seu papel fundamental da sociedade, pregando uma facilitada desconstituição da sociedade conjugal, em nome de uma falsa liberdade e a mortandade dos filhos

não nascidos. Tais ideologias, sem fundamento fático e científico, pretendem destruir a família como se fosse uma invenção da sociedade, mais propriamente do modo de produção capitalista. As afirmações de Cícero em De officiis, por volta do ano de 50 a.c., como foi aqui assinalado, demonstram a banalidade das teses marxistas, pois a família sempre foi e será o núcleo basilar e fundante de qualquer sociedade humana.”¹⁴

Estes três parágrafos de Leslei Lester são importantíssimos para compreendermos a gênese do discurso pró-aborto nas sociedades contemporâneas. Ainda com a perspectiva sociológica sob foco, cumpre observarmos novamente os termos de Leslei Lester:

*“Essa mentalidade dualista impregna também o debate sobre o aborto, ao se afirmar que o Estado não deve tutelar um determinado código moral e que a questão do aborto cinge-se a um debate de política demográfica, ou criminal e é uma questão de opinião, dada a escolha subjetiva de cada um. Pelo contrário, **o Estado deve garantir antes de mais nada os Direitos Humanos naturais, base sobre a qual se poderá construir uma sociedade verdadeiramente humana, garantindo-se a dignidade de cada cidadão.***

O princípio democrático da maioria não pode definir a moralidade do ato abortivo, pois, ainda que a maioria de uma determinada população votasse pela descriminalização do aborto, a qualificação do ato moral não mudaria. O aborto, mesmo aprovado por uma maioria, continuaria sendo um infanticídio e perpetrado por aqueles que mais têm o dever de cuidado daquela criança, ou seja, os pais, como o auxílio de um Estado que deveria ser defensor dos direitos fundamentais.”¹⁵

Aqui temos a natureza anti-humana do ato em sua plenitude. Não importa que uma maioria seja conduzida a concluir o aborto como um ato justo e natural, um “direito fundamental à autonomia procriadora”, nos termos adotados por Dworkin. Não importa se uma maioria é levada a crer que vidas são “estragadas” se

¹⁴ MAGALHÃES, 2012, Pgs. 59-60

¹⁵ MAGALHÃES, 2012, Pg. 75-76. Grifos próprios

não se aprova o aborto (novamente da argumentação do jurista norte-americano). Este é um ato que atenta aos Direitos Humanos Naturais, e estes imperam independente de qualquer paradigma sociológico. Adiante, no texto de Leslei Lester, as consequências desta perspectiva:

“A ofensa à lei natural traz, a médio ou longo prazo, a desagregação social e a infelicidade dos seres humanos, que se veem frustrados perante uma realidade de que tentam fugir, sem encontrar um caminho seguro. O cientificismo moderno não consegue dar as respostas fundamentais para o homem moderno, que se vê angustiado, quando deveria estar satisfeito frente ao grau de desenvolvimento tecnológico e científico vigente.”¹⁶

Quando debatemos a descriminalização do aborto, não estamos lidando com “liberdade de escolha” ou “autonomia procriadora” somente. Os intelectuais que pautam a matéria limitam debates e obscurecem a racionalidade e o espírito crítico de seus leitores, afinal, como um tema que envolve inúmeros juristas debatedores, em todo mundo, que decide o rumo de campanhas presidenciais (seja no Brasil, seja em vários locais do mundo), que decide a composição da Suprema Corte dos E.U.A., pode ser resumida a “mera liberdade de escolha”, sem maiores consequências político-sociais?

Quanto ao motivo principal de nossas leis não abrigarem semelhantes condutas, temos nas palavras de Leslei Lester:

“O aborto enumera-se entre os crimes abomináveis e concorre para perda do valor da própria vida e da isonomia que deve vigorar em um Estado de Direito, eis que o fundamento da República estaria profundamente abalado se a uma parte do seu povo não lhe fosse reconhecido o direito a viver ou fosse submetido ao arbítrio do mais forte.

¹⁶ MAGALHÃES, 2012, Pg. 78. Grifos próprios

Nesse caso, a lei que autoriza o aborto é injusta, e nas palavras de Santo Agostinho não é lei, mas corrupção da lei. Ora, se o direito existe para realizar o justo, a injustiça legal é a pior de todas as injustiças, eis que perpetrada pelo Estado, que tem a obrigação de tutelar a vida de todos os cidadãos.

A paz social fica seriamente comprometida. O valor da pessoa humana, esvaído. A Constituição, uma letra morta. Os direitos humanos tornam-se palavras jogadas ao vento! Nunca o direito deve servir para tutelar o “direito” do mais forte contra o mais fraco. (...)

A sociedade moderna vive uma falta de paciência. O mundo das telecomunicações, da Internet, das corridas de automóveis, leva-nos a não suportar os sofrimentos médios e prolongados, que exigem do homem a virtude da paciência. A própria busca pelo saber, o estudo, tem um quê de dor a ser suportada.

A impaciência é a causa primeira das reivindicações em favor do aborto e da eutanásia. *Não aceitar as coisas como são ou como estão, pois não podem ser mudadas pelas circunstâncias, ou por configurarem um mal moral.”¹⁷*

Contrariamente ao evocado pelos juristas favoráveis ao aborto, não é a religião quem subsidia exclusivamente a não positivação do aborto, mas os doutrinadores moralistas (sem a conotação pejorativa que o termo recebeu) que se fundam não só na doutrina cristã, mas em toda filosofia já advinda dos antigos gregos e produzida pela humanidade.

2.4. PERSPECTIVA JURÍDICO-DOCTRINAL

Importante delimitar o entendimento partido da doutrina quanto à definição do início da personalidade civil do homem como sujeito de direitos. Se por um lado, os natalistas (Pontes de Miranda, Sílvio Rodrigues, Caio Mário da Silva

¹⁷ MAGALHÃES, 2012, Pgs. 82-83/87. Grifos próprios.

Pereira, Sílvio de Sávio Venosa) atribuem personalidade apenas ao ente que nasceu vivo, por outro os concepcionistas (Teixeira de Freitas, Francisco Amaral Santos, André Franco Montoro, Maria Helena Diniz) entendem que o nascituro é sujeito de direitos, sendo dotado de personalidade jurídica por já ser uma pessoa. Alguns escritores julgam haver uma corrente intermédia que seria a concepcionista da personalidade condicional (Washington de Barros, Miguel Maria de Serpa Lopes, Walter Moraes, Eduardo Espínola), onde o indivíduo já teria personalidade desde a concepção, mas sob a condição de nascer viva. Porque essa necessidade de se condicionar o nascimento com vida? Por que as chances de qualquer pessoa morrer nos próximos nove meses não é a mesma de um nascituro recém-concebido? Essa não é uma corrente essencialmente concepcionista, mas natalista, pois a certeza da personalidade só vem com o nascimento, sendo a personalidade nos nove meses dúbia.

Interessante notarmos as linhas mestras da argumentação jurídica adotada pelos concepcionistas, dentre elas: A) Desde a concepção o ser humano é protegido pelo Direito como se já tivesse nascido; B) O Direito Penal pune a provocação do aborto como crime contra a vida, protegendo o nascituro já como um ser humano; C) O Direito Processual autoriza a posse em nome do nascituro; D) O nascituro pode ser representado por um curador; E) É admissível o reconhecimento de filhos ainda por nascer; F) Pode o nascituro receber bens por doações e por testamento; G) A pessoa por nascer considera-se já ter nascido, quando se trata de seus interesses¹⁸. Daí infere-se que, como o nascituro tem direitos, ele é sim um sujeito de direitos e, conseqüentemente, pessoa.

Como explicar os direitos ao estado de filho? À curatela? À representação? À adoção? À posse em nome próprio? Adquirir por testamento? Dentre outros, sem ser considerado pessoa? O mais evidente sinal, no Direito brasileiro, de ter o nascituro personalidade civil e ser pessoa, é a punição do aborto ser considerado como crime contra a pessoa (Título do Código Penal).

¹⁸ SEMIÃO, 1998, Pg.34

Na linha oposta, os natalistas afirmam que o ser humano não separado do ventre materno não tem existência própria, sendo mera parte das vísceras maternas, não tendo personalidade¹⁹ (com exceção dos casos expressos taxados em lei que o Direito o considera como já nascido, conforme seu interesse).

O nascituro com interesses é considerado gente pelo Direito, já o nascituro sem interesses é coisa, parte integrante das vísceras? Aqui vemos a mais subliminar das discriminações, a econômica, a determinar quem é sujeito de direitos e quem não é.

Conforme o entendimento dos juristas concepcionistas, a vida é um bem inalienável, havendo neste sentido o Direito à Vida, de que tratamos neste trabalho. Como há Direito à Vida, não há direito sobre a vida, e se a mãe não tem direito sobre a sua própria vida, para dela dispor, não há fundamento reconhecer-lhe o direito de dispor da vida do filho por nascer.

Já o *Digesto* de Justiniano é claro em estabelecer paridade entre o nascituro e o nascido como princípio de caráter geral, salvo com algumas exceções. Tanto que a execução de mulher grávida condenada à morte era adiada para que ela

¹⁹ Nos termos de Neri da Silveira ao analisar a temática: “No exame desse tema, importa, no caso, por primeiro, ter presente que o ser humano, no ventre materno, possui vida própria protegida pela ordem jurídica, diferente da de sua mãe, que dele não pode dispor conforme lhe aprouver ou a ela for mais conveniente, principalmente, no extremo gesto de eliminá-lo. **Não é possível, em realidade, considerar o produto da concepção como parte do corpo da gestante, qual em Roma sucedia.** Nelson Hungria escreve (op. Cit., pág. 259): ‘Ensinava a escola estóica que partus antequam edatur mulieris pars est vel viscerum, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia do que dispor de seu próprio corpo, no exercício de irrecusável jus in se ipsa’. Noutro trecho, observa Hungria (op.cit., 261): **‘Foi, porém, com o cristianismo que se consolidou a reprovação social do aborto’**, acrescentando (op.cit., pág. 262): ‘Na época atual generalizou-se, entre todos os povos civilizados, a incriminação do aborto provocado, seja qual for a fase da gestação, não tendo passado de efêmera e deplorável experiência, em alguns países, a legislação permissiva de tal prática’. Grifos próprios (MARTINS, 2005, Pgs. 87-88). Contudo, com entendimento contrário ao de Nelson Hungria, argumenta o Professor Ronaldo Poletti: “D.25.4.1.1. Ulpiano... *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum* (antes de ser dada à luz, a criança é uma porção da mulher ou de suas vísceras). **Essa passagem vem inserida em um contexto de uma argumentação, não valendo para negar personalidade ao concebido. Trata-se de proteger a mulher diante da pretensão do ex-marido de colocá-la sob guarda, tendo em vista estar grávida do filho dele.** O fragmento cuida mais do exame verificador da gravidez e, no parágrafo citado, sobre a inexistência de *senatus-consultos* sobre o reconhecimento de filhos por ocasião da negativa, ou simulação, da mulher, quanto a seu estado de gravidez. O preceito romano, que prevaleceu, é *nasciturus pro iam nato habetur, quum de eius commodo agitur* (o nascituro é considerado nato, quando estiverem em jogo suas vantagens).” Grifos próprios (POLETTI, 1996, Pg. 76). Vemos que toda a matriz do direito romano permanece intacto, sendo o nascituro tido como nascido apenas para proteção de seus interesses.

pudesse dar à luz, tudo em proteção ao nascituro. A proteção ao nascituro é amplamente acolhida no nosso ordenamento, com especial atenção à Consolidação das Leis do Trabalho e vários julgados do TST²⁰. Não há nação que se preze, até a China, onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art. 7º²¹).

Reconheçamos, acima de qualquer texto legal: o nascituro existe, tem função orgânica e biológica própria, estando, desde a concepção, ligado à vida da mãe. Mas a isso alguém retrucaria: “Sim, mas não depende da mãe?” Elementar, e algum bebê não depende da mãe? Essa dependência seria parâmetro? Até a morte estaremos em dependência de alguém (ou algo, como a sociedade, ou a Deus, para os religiosos). Imaginemos os velhinhos que usam fraldas e precisam de enfermeiras à sua volta. A independência é quem estabelece parâmetros para o sujeito de direitos? Quanto à dúvida quanto à identidade pessoal do ser concebido, cabem as palavras de Leslei Lester:

*“A mãe, por conseguinte, não tem direito sobre a vida do filho, porque este não faz parte do seu corpo. Portanto, pode-se concluir com bastante certeza que o aborto é a morte de uma pessoa no seu desenvolvimento embrionário. E ainda que não se pudesse estabelecer o momento da infusão da alma, onde existe uma vida humana existe uma alma humana. E, ad argumentandum tantum, **ainda que surgissem dúvidas na mente das pessoas, mesmo com tão claras provas científicas, a simples dúvida sobre a identidade pessoal do fruto da concepção é motivo para que fosse respeitado o direito à vida do conceito desde o momento da fecundação**, pois é dever moral da pessoa se abster, não somente de um ato que é seguramente mau, mas também daquele que tem uma grande probabilidade de sê-lo, no caso em questão, ocasionando a morte de um ser humano.”*²²

²⁰ SEMIÃO, 1998, Pg. 36

²¹ LIMONGI FRANÇA apud SEMIÃO, 1998, Pg. 38

²² MAGALHÃES, 2012, Pg. 104. Grifos próprios

Ao estudar os fundamentos dos teóricos da doutrina natalista, vemos na argumentação jurídica o fato de que o ser só é sujeito de direitos se nascer vivo (o que se encontra na lei). Então, até o nascimento, não se protege o nascituro como um sujeito de direitos porque ele pode nascer morto? Para ver a extensão deste pensamento, analisemos os escritos de Pontes de Miranda:

“a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro” (art. 4º [atual artigo 2º]). No útero, a criança não é pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pode ter sido sujeito de direito (= não foi pessoa). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa”²³

O relevante está nos detalhes. Não é estendida a personalidade civil ao nascituro, seja no Código Civil de 1916 ou no de 2002. **Conforme vimos, a personalidade civil é concedida ao sujeito de direitos. Sabemos que o nascituro tem direitos, com isso, para lei, ele não é sujeito?** Então células se reproduzindo a todo vapor são mera expectativa? Atentemos para o que diz o jurista. *“No útero, a criança não é pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pode ter sido sujeito de direito (= não foi pessoa)”*. Por que esta articulação toda para descaracterizar a personalidade do nascituro? Realmente, se formos à concepção romana de personalidade (conforme transcrito acima), o nascituro não tem a menor possibilidade de ter personalidade, visto ele não ter tido o menor contato com a sociedade e ter tido ocasião para desenvolver sua ‘máscara’.

Por que a necessidade de se caracterizar uma personalidade para haver a garantia de direitos?²⁴ **Até os embriões das tartarugas são protegidos por lei**

²³ PONTES DE MIRANDA apud SEMIÃO, 1998, Pg. 41.

²⁴ Neste sentido, observa o professor Ronaldo Poletti: *“VIDA HUMANA. A concepção do ser humano é um fato jurídico. O início da vida, como tal, está sob a proteção constitucional. O ser concebido é uma vida, que a Constituição protege. Se a concepção deve ser considerada, ou não, o início da*

(Lei de Crimes Ambientais - Lei nº 9605 de 12 de fevereiro de 1998 - e no Decreto nº 3179, de 21 de setembro de 1999), mas não se declina uma gota de tinta para se constitucionalizar a proteção ao nascituro²⁵. Vivemos uma era de subliminar inversão de valores. Então, o nascituro não é uma pessoa? Onde está a motivação para descaracterizar o nascituro?

É claríssimo como a linha dos natalistas é de sobrevalorização do Direito sobre tudo e sobre todos, o que inclui a Vida, como se o Direito não decorresse da Vida. Sabemos o efeito prático dessa desconstrução do próximo²⁶.

personalidade, não importa, pois, como o Código Civil proclama (art 2º) a personalidade da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, daquele que vai nascer. Autorizar o aborto é, também, por isso, inconstitucional, pois a lei possibilitaria a destruição da vida, sem qualquer consequência penal e sem que houvesse justificativas ou dirimentes penais, instituídas em um sistema lógico-jurídico (...) Gravíssimo do ponto de vista ético, seria o Estado patrocinar os abortos, a pretexto de atenuar o problema da justiça social e de diminuir o crescimento demográfico.” (POLETTI, 2009, 25-26). Grifos próprios

²⁵ Javier Saldaña analisa toda problemática da relativização do Direito à Vida: “(...) *En el supuesto del aborto, la autonomía moral es tan maleable como para legitimar la facultad o derecho de alguien de privar de la vida a outro?; es decir, se puede ser titular de la vida de otra persona? Ahora bien, sobre el mismo supuesto, la calidad de pertenencia a la especie homo sapiens, o a la raza humana, se agota en la sola consideración de persona cuando ésta se hace radicar en la simple figura humana? Y en el supuesto de los derechos de los animales, cuál es la entidad moral o jurídica que tienen éstos y que no poseen los embriones humanos ‘no formados’? Dónde se encuentra radicada dicha entidad? (...) En mi opinión, el interés que despierta hoy la defensa de los derechos de los animales cuando éstos sufren; el reconocimiento de la eutanasia por razones humanitarias; o el respeto absoluto de una libertad sin límites como en el caso del aborto, no son sino reflejo claro de la decadencia moral en la que se encuentra inmersa hoy nuestra civilización, y no nos demuestra otra cosa que la más profunda de las desconfianzas en lo humano.” Grifos próprios (MARTINS, 2005, Pgs. 41-42)*

²⁶ Nesse sentido, assevera Ives Gandra Filho: “Parece-me que o ponto nodal da questão relativa ao aborto do anencéfalo (e do aborto provocado em geral) é o do **começo do caminho que leva à despersonalização do homem**. Realmente, como poderia dizer o juiz Janning, não se pode imaginar como a simples autorização legal ou judicial de supressão de um feto anencéfalo possa levar a uma sociedade totalitária e desumanizada como a do regime nazista (ou comunista). No entanto, esse é o perigo real de se ceder no pequeno (por pressão de uma sociedade hedonista e materialista). **Cruzada a fronteira da condenação de uma vida humana inocente** (já que até no caso de estupro, a injustiça foi do estuprador e não da criança gerada), depois a questão é só de tempo para se chegar à total degradação dos valores fundantes de uma sociedade humana. Com efeito, se a **diferença entre o nascituro e o nascido** não é de **natureza** (ambos são seres humanos), mas de **grau** (seres humanos em diferentes estágios de desenvolvimento, com melhores ou piores condições de existência), a passagem para a **supressão dos direitos das minorias** será o ponto final (esgrimindo-se sempre, para isso, o princípio democrático da vontade da maioria, como ocorreu no regime nazista, cuja ascensão se deu com base nas urnas). **É o jusnaturalismo sofista de Cálculos: “Por natureza, é justo que forte domine o fraco”**. Se o Direito existe; se se busca como ideal o Estado de Direito e não o Direito do Estado; então a lei deve ser salvaguardada do fraco contra o forte. Nosso novo Código Civil assim o diz: “Art. 2º **A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro**”. Do contrário, **teremos o ser humano passando de sujeito de direito para objeto de direito**. É o que se nota pelo uso de eufemismos para não se falar em “aborto”, substituído por “**interrupção da gravidez**” ou “**antecipação do parto**”, mediante a **expulsão provocada**

Observe-se o esforço do jurista em afirmar que o nascituro não é pessoa. Sabemos hoje que praticamente tudo que diferencia os seres humanos, lhe dão personalidade no sentido corrente do termo, o embrião já possui. O embrião já tem sua ‘personalidade’ em seu já configurado DNA, apenas não teve tempo ainda de desenvolver esta personalidade.

Sabemos como funciona o inconsciente humano, até por instinto de auto-preservação. Tudo que não é pessoa, e se move, é criatura desconhecida, é algum animal. Vejamos, no entender do jurista, o que vai caracterizar o nascituro como pessoa é estar em posse de algum direito (por aferição se depreende isso). É o que poderíamos chamar, com o perdão do neologismo, de ‘materialismo jurídico’.

O pior é o que se pode depreender ainda mais objetivamente: a criança (no próprio termo usado pelo autor, que em seu significado original latino significa ‘ser em formação’) só exercendo o direito é que tem personalidade, e que é pessoa. Logo, nenhum direito “não exercitável” alcança o nascituro e, infelizmente, deste discurso cabe o não alcance do Direito à Vida ao nascituro.

Avançando ainda na seara das concepções natalistas, vislumbramos informações incongruentes, como a afirmação categórica de que o nascituro é parte das vísceras maternas, sendo a placenta “um órgão comum”, visto que é formada em parte por tecidos do nascituro e por tecido materno, onde os vasos sanguíneos do nascituro e da gestante ficam muito próximos, permitindo a entrada de alimentos e oxigênio para ele e a saída de ureia e de gás carbônico para a mãe.

Novamente a desconsideração do fator DNA na composição dos organismos vivos, como se tais teorias subsistissem à descoberta do DNA. Sabemos que, mesmo em dependência da mãe, o nascituro compõe um organismo autônomo, e não parasita, na nomenclatura adotada por alguns teóricos pró-aborto. Naturalmente o organismo materno oferece as condições para o desenvolvimento da nova vida e naturalmente este organismo o requer. Nos termos bem apropriados captados por Leslei Lester: *“O novo indivíduo comanda o seu ambiente e seu destino com tenacidade*

do **“produto da concepção”**. Tudo para não se lembrar que se está **matando uma vida humana!**” Grifos próprios. (MARTINS, 2005, Pgs. 179-180).

de propósito, implantando-se na parede esponjosa do útero e numa demonstração de vigor fisiológico interrompe a menstruação da mãe”.²⁷

Vejamos os limites alcançados na opção pela morte:

“O aborto, que significa matar deliberadamente um embrião humano em formação, e a eutanásia, que significa matar deliberadamente uma pessoa por razões de benevolência, constituem, ambos, práticas nas quais ocorre a opção pela morte. No primeiro caso, opta-se pela morte antes que a vida tenha realmente começado; no segundo, depois que tenha terminado. Cada um dessas opções vem sendo condenada e defendida há milênios. Nunca, porém, as discussões foram tão acirradas, tão abertas e antagônicas, e a controvérsia sobre uma dessas opções nunca esteve tão estreitamente ligada à controvérsia sobre a outra, como vem atualmente ocorrendo nos Estados Unidos e na Europa.”²⁸

Essas são as palavras introdutórias de sua obra que é referência ao debate. “Matar deliberadamente uma pessoa por razões de benevolência”? A cultura hedonista está sendo colocada assim, sem qualquer cerimônia? O sofrimento é a maior expressão do mal? Será que a morte é uma simples passagem, não é um grave abate da vida?

O mal maior é a morte. Mais à frente o autor falará em “Direito à morte”. **O próprio sofrimento não é ilimitado, todo organismo limita a capacidade do indivíduo de sentir dor.** Então quando se mata um embrião, não há que se preocupar porque “a vida ainda não começou realmente”? A Vida terminou quando se vislumbra a eutanásia?²⁹. Quando você lida com legislação, você está implementando políticas,

²⁷ MAGALHÃES, 2012, Pg. 97

²⁸ DWORKIN, 2003, Pg. 1

²⁹ O professor Cristóbal Orrego analisa com propriedade essa visão reducionista da dignidade humana por parte de R. Dworkin: *“En efecto, Dworkin define la dignidad en el sentido de “que las personas tienen el derecho y la responsabilidad moral de enfrentarse, por sí mismas, a las cuestiones fundamentales acerca del significado y valor de sus propias vidas, respondiendo a sus propias conciencias y convicciones”. La definición es reductiva porque reduce la dignidad a una sola de sus exigencias, a saber, la del respeto a la libertad de la persona para obrar en conciencia y no bajo presión de la mera coacción externa. Pero la dignidad exige también, al mismo sujeto digno, obrar*

está restringindo ou estimulando condutas. Essas “opções” (aborto e eutanásia) não são condenadas há milênios, como se antes de Cristo houvesse sua condenação (o plural de milênios não se restringe, obviamente, à apenas dois). Foram os teóricos cristãos que se levantaram oficialmente contra tais práticas. O espírito bárbaro sempre foi adotado e reconhecido pelo homem enquanto ele esteve em estado de natureza.

Se até no Direito Romano encontramos argumentações nos dois sentidos, porque o natalismo segue propondo estes argumentos mesmo diante das recentes descobertas biológicas humanas? Sabemos que na antiguidade era muito comum o assassinato de meninas ou crianças nascidas com alguma deformidade (especialmente na Grécia antiga), a que os romanos, grandes humanistas que eram, chamavam de ‘*monstrum*’³⁰. Vejamos nas próprias palavras de Sérgio Abdalla, que se orienta como natalista, o grande equívoco desta corrente:

“Manifesta-se assim vacilante o Direito Romano quanto ao início da existência da pessoa e da personalidade.

Algumas vezes era reconhecida personalidade ao nascituro; em outras, se estabelecia uma personalidade condicional, colocando-se a salvo os seus direitos, sob a condição de que nascesse viável, consoante o brocardo: Nasciturus pro Jam nato habetur quoties de ejus commodis agitur. Em outras, ainda, considerava-se a criança não-viável como despida de personalidade e, finalmente, às vezes, negava-se

voluntariamente conforme al orden moral y a la justicia, y, en el caso de comportamientos injustos, la dignidad de los afectados – de los que sufren la injusticia – exige que se limite la libertad de quienes los agreden, aunque éstos lo hagan por motivos de conciencia sinceros. Además, la definición de dignidad que da Dworkin es excluyente, porque, al centrarse en la capacidad actual de decidir, no sería atribuible a muchos seres humanos más o menos privados de su capacidad de elegir. Quedan excluidos desde el inicio los no nacidos – incluso los niños pequeños – y los enfermos inconscientes. Naturalmente, aparte de ser injusto, es lógicamente inconsistente definir la dignidad de tal manera que por definición quedan excluidos precisamente los sujetos que Dworkin quiere excluir: los sujetos pasivos del aborto y de la eutanasia” Grifos próprios (MARTINS, 2005, Pg. 153)

³⁰ Na ótica bem humorada de Carlos Fernando Mathias de Souza, citando Jérôme Lejeune: “Os espartanos matavam seus filhos e filhas ao nascer, quando consideravam aqueles fracos demais para se tornarem soldados e estas sem boa constituição para gerarem futuros soldados. Esparta foi a única cidade grega que utilizou esse infanticídio eugênico abominável. Foi a única cidade grega que nada legou à humanidade: nenhum artista, nenhum poeta, nenhum geômetra e nem mesmo uma ruína. De Esparta não restou nada” (MARTINS, 2005, Pg. 161)

personalidade aos monstros ou crianças nascidas sem forma humana.”³¹

Neste ponto a questão se encerra. Não se faz necessário se prorrogar por mais uma linha neste trabalho para demonstrar o equívoco da corrente natalista (que inclui o próprio autor desse trecho). Aqui o autor mostra a origem da necessidade de se despersonalizar o nascituro. Ora, como um romano ou um grego antigo obtinham meios para determinar eticamente se uma criança era “não-viável”? Resta evidente que esta consideração se dava em função da conveniência da mesma. O mesmo ocorre nos dias de hoje. A corrente que se propõe “moderna”, amparada pelas leis e pela biociência revela que nada mais é do que uma cópia contemporânea de intentos pré-medievais de teorização da “inviabilidade” da vida humana. Leslie Lester analisa as motivações e as consequências de semelhante cultura da morte:

“Como foi dito a respeito da lei moral, as pessoas buscam argumentos de ordem teórica para legitimar a sua conduta moralmente má. E isso se estende para o campo social, com a defesa do aborto pelos meios de comunicação e por intelectuais que são chamados a legitimar tal forma de banalização da vida humana, retroalimentado um círculo vicioso e formando na sociedade uma cultura da morte, que deformam as consciências”³²

Toda a teoria se embasa num contexto pré-medieval de latente seleção de indivíduos viáveis/inviáveis, onde o nascituro era considerado parte das vísceras da mãe (como ocorre hoje com os doutrinadores natalistas, que, como vimos, sob a perspectiva do professor Ronaldo Poletti, desvirtuam o real sentido do dispositivo da compilação justiniana) e o desconhecimento científico da biologia da gestação humana era amplo e profundo. A situação em Roma só se inverteu quando um imperador cristão legislou a respeito, que foi Justiniano, que acatou o

³¹ SEMIÃO, 1998, pg. 46. Grifos próprios

³² MAGALHÃES, 2012, Pgs. 115-116

entendimento dos sabinianos, em que, havendo qualquer manifestação de vida, já era considerado uma pessoa para todos efeitos legais.

No direito comparado contemporâneo, a regra geral é do início da personalidade se dar com o nascimento, com exceção das legislações argentina, austríaca e venezuelana, em que o início da personalidade se dá desde a concepção. Os argentinos expressam a existência do nascituro, sendo já considerada pessoa. Já em linha contrária, várias legislações, principalmente europeias, permitem o aborto eugênico, que ocorre nos três primeiros meses por motivo de feto com grave defeito físico ou psíquico. E o nome é esse mesmo, aborto eugênico. Em estados norte-americanos, como Utah, a lei estadual classifica aborto como homicídio doloso³³.

Contudo, cabe salientarmos, ao fim desta análise especificamente jurídica, que temos sim, em nosso ordenamento, legislação que veta o atentado à vida que se encontra em via de nascimento, nos termos de Carlos Fernando Mathias de Souza:

“O Pacto de Costa Rica (a Declaração Americana dos Direitos Humanos, à qual aderiu a República Federativa do Brasil), por exemplo, em seu Capítulo II (dos Direitos Cíveis e Políticos), consigna, com clareza solar: ‘Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pelas leis e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente’ (grifou-se).

Foi isto o que o novo Código Civil, a exemplo do Código de 1916, consagrou, até porque não pode prosperar, em particular no ordenamento jurídico brasileiro, nada que venha contra o direito à

³³ Já a perspectiva da temática na América Latina, vista por um europeu, o jurista italiano Massimo Vari (Vice-Presidente emérito da Corte Constitucional italiana): *“Os sistemas da América Latina, que também derivam do grande sistema romanístico, inserem-se no princípio de que o concebido é pessoa e isso representa (comparando-se com a Europa), um farol iluminado de civilização. Uma reflexão, que parece boa, é que tal luz não deve jamais se enfraquecer ou, muito menos, apagar-se”* (MARTINS, 2005, Pg. 174). A referência do Juiz italiano certamente é ao Pacto de São José da Costa Rica e as legislações da Argentina e Venezuela, não estando, regra geral, os outros estados latino-americanos, sob o paradigma que vige na Europa, de relativização da vida até os 3 meses da concepção.

vida, que está constitucionalmente, assegurada como um direito inviolável”³⁴

Logo, temos legislações, acatadas pelo arcabouço normativo brasileiro, que afastam de pronto qualquer interpretação de acolhimento do aborto. Tal legislação não pode ser sublevada por interpretações restritivas da aplicabilidade da norma, em vista de ser um acordo de livre vontade firmado pelo Brasil que objetiva a proteção dos Direitos Humanos em sua essência mais própria, que é de Direito Natural, em face do Direito Internacional. Nossas legislações e jurisprudências devem se conformar com o dispositivo internacional se o Brasil deseja ser reconhecido como uma nação observadora e cumpridora plena dos Direitos Humanos em sua sociedade³⁵.

2.5. PERSPECTIVA RELIGIOSA

³⁴ MARTINS, 2005, Pg. 159

³⁵ De linha mais formalista, Gilmar Mendes tem um entendimento distinto: *“Uma importante corrente doutrinária sustentou que os direitos humanos previstos em tratados internacionais configurariam não apenas normas de valor constitucional, como também cláusulas pétreas. A tese não obteve a adesão do Supremo Tribunal Federal, que, antes do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, diversas vezes recusou status constitucional aos direitos individuais previstos em tratados como o Pacto de San José. A partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, passou-se, entretanto, a admitir que os tratados “que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Nesses casos, e apenas nesses, essas normas gozarão de status constitucional. A emenda não parece impedir que se opte pela aprovação de tratado sobre direitos humanos pelo procedimento comum, com o que se facilitará o seu ingresso no ordenamento brasileiro, valendo como norma infraconstitucional. Os tratados aprovados antes da Emenda continuam a valer como normas infraconstitucionais”*. Grifos próprios (MENDES, 2008, Pgs. 226-227). O status constitucional de direito previsto no Pacto, que foi negado pela suprema corte, refere-se ao duplo grau de jurisdição penal, não à proteção do nascituro desde a concepção. O entendimento do Ministro, e da Corte Suprema, não limitam em si a aplicabilidade do Pacto de San José no nosso ordenamento jurídico. É um tratado onde o Brasil consta como signatário, logo, não cabe a sua reaprovação enquanto emenda constitucional no Congresso para validarmos sua plena aplicabilidade no nosso ordenamento, cabendo àqueles à quem não concordam com os termos do Pacto entrarem com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no STF, questionando a constitucionalidade do Pacto e de seus artigos (que ao ser aprovado passou pelos ritos que conferiram a sua consonância com os princípios normativos constitucionais brasileiros). Mesmo sendo vistos como normas infraconstitucionais, os dispositivos do Pacto estão em consonância com a Constituição da República, à exceção do duplo grau de jurisdição penal, que já foi denegado pela suprema corte.

No que concerne ao aspecto religioso, cabe salientar que sua análise não se dará para imposição de argumentos de autoridade da religião ao debate. O objetivo jamais será limitar o debate acadêmico, mas contra-argumentar enganos generalizados e semeados por alguns doutrinadores pró-aborto (que será mais a fundo estudado no último capítulo). Analisemos as palavras de Ronald Dworkin:

“Estamos nos limites de uma nova era religiosa, ainda que muito diversa da longa era religiosa que a história começou a deixar para trás no século XVIII. Só a partir daí nos sentimos forçados a examinar publicamente questões de tamanho alcance cósmico; aprendemos a desfrutar de uma separação entre questões religiosas, que deixamos a cargo das convicções individuais, e as questões seculares, que devem ser decididas no terreno da política”³⁶

Essa é uma grande inverdade contemporânea repetida à exaustão em nossas escolas e, com o passar do tempo, torna-se verdade. Afirmam que a religião está restrita “às convicções individuais”. Dizem que argumentos de ordem religiosa são privados e não podem ocupar os debates públicos e políticos³⁷. **Afinal, qual a finalidade dos princípios da Liberdade Religiosa³⁸ e Liberdade de Expressão? Busca-se amputar o discurso daqueles a quem se contrapõe. Até certo ponto**

³⁶ DWORKIN, 2003, Pg. VIII

³⁷ Pela interessante perspectiva de Cristóbal Orrego S. :*“El laicismo primitivo – como hemos dicho – apela exclusivamente a la libertad religiosa, pues reconoce la capacidad de la razón para conocer principios morales objetivos. En la perspectiva de quien admite una ética objetiva, pero desea que la política esté libre de injerencias religiosas, puede argumentarse como sigue: Las convicciones religiosas no deben imponerse coactivamente; la prohibición absoluta del aborto directo es una convicción religiosa (católica); luego, no debe imponerse coactivamente, mediante la ley penal, la prohibición absoluta del aborto directo. El laicismo evolucionado, de formas menos hostiles a la religión, aspira, no obstante, a excluir del ámbito público no solamente las religiones – que son “privadas” por definición, como para el laicismo primitivo –, sino también las convicciones morales consideradas “privadas”, que son “todas” ellas. El laicismo evolucionado está implícito en el liberalismo político a la Rawls, que procura escindir las razones morales en razones “públicas” y razones “privadas” (...)”* (MARTINS, 2005, Pg. 128)

³⁸ O mesmo professor Cristóbal Orrego S. questiona a forma como se dá a adoção da Liberdade Religiosa na retórica dos juristas favoráveis ao aborto: ***“Los argumentos para despenalizar o legalizar el aborto, basados en la apelación a la libertad religiosa, presuponen una concepción particular muy discutible sobre la libertad religiosa y la laicidad del estado. De hecho, se trata de una concepción que no puede ser compartida racionalmente por todos los ciudadanos razonables que adhieren a diversas religiones. Con otras palabras, la concepción de la libertad religiosa y de la laicidad del estado defendida por los liberales partidarios del aborto no es capaz de superar el test liberal de la razón pública.”*** Grifos próprios (MARTINS, 2005, Pg. 138)

obtiveram sucesso, senão vejamos o quanto os debates públicos hoje são pobres de referência moral, filosófica e religiosa.

Um pouco adiante, as palavras generalizadoras do mesmo autor:

“Alguns ficaram confusos diante do que entenderam ser minhas expectativas políticas. Em sua opinião, eu teria acreditado que o livro iria convencer todos os que fazem campanhas contra o aborto a depor seus cartazes e juntar-se aos que defendem a liberdade de escolha da mulher, e os críticos assinalaram, corretamente, que as razões que movem muitos adversários da liberdade de escolha são demasiado profundas – muito pouco estudadas, irracionais e viscerais – para serem sensíveis a qualquer tipo de argumentação. Não foi minha intenção negar tal fato: é pouco provável que as pessoas que estão dispostas a atirar em médicos diante das clínicas de aborto venham algum dia a ler um livro como este, ou a deixar-se convencer por tal leitura se e quando a fizeram.”³⁹

Aqui vemos a generalização de um dos principais doutrinadores pró-aborto. O que difere os defensores da vida dos ativistas pró-aborto são, essencialmente, questões de fé; não são profundas, não são irracionais e tampouco viscerais, são elevadas, são sublimes, de ordem espiritual. Não há uma oposição ao “direito de escolha”, mas uma defesa intransigível da vida. Adiante, mais um trecho:

“Não estaremos, porém, incorrendo em incoerência alguma se supusermos que as pessoas que condenam o aborto por considerá-lo moralmente errado estão, na verdade, baseando-se naquilo que chamei de explicação independente de por que é errado – em outras palavras, se supusermos que elas compartilham uma profunda convicção de que é intrinsecamente errado pôr fim deliberadamente a uma vida humana. É perfeitamente coerente defender essa ideia, mesmo em sua forma mais extrema, e ainda assim acreditar que a decisão de eliminar ou não uma vida humana no início da gravidez deve ficar a cargo da gestante, a pessoa cuja consciência está mais

³⁹ DWORKIN, 2003, Pg. VIII

diretamente ligada à escolha, uma vez que será a mais atingida pelos riscos decorrentes de tal decisão.”⁴⁰

Como adiante veremos, o que faz o autor é um esforço iluminista de buscar dar uma fundamentação dita “racional” à moralidade (que nos conduziu ao império do relativismo moral dos dias de hoje), ignorando os pressupostos clássicos, como, principalmente, a Ética das Virtudes de Aristóteles e os aspectos religiosos. Aqui se subentende a fé como uma mera convicção que serve para qualquer coisa, visto estar supostamente desprovida de explicações morais. Pelo fato da fé não ser auto-explicável, ela é praticamente eliminada dos discursos dos autores contemporâneos e denegrida de forma indireta, como no trecho acima.

Defende-se a vida meramente por convicção, independente de fundamentação moral? (ser/estar errado - a convicção já não está no campo da moral?) É uma constante afirmar que os defensores da vida defendem seus pontos de vista ausente qualquer moral racionalizada. No último capítulo será analisada a abordagem deste autor fazendo leituras inexistentes nos grandes doutores da Igreja.

Como já dito anteriormente, todo organismo tem mecanismos para limitar a dor, sendo o principal deles a perda dos sentidos. **Não existe sistema nervoso *ad eternum* em sua capacidade de gerar sofrimentos, seja de ordem espiritual (onde se destaca a angústia), seja de ordem física (dor).** É natural que queiramos nos esquivar deste senso, contudo, os principais opositores destas medidas, que são os cristãos, têm o firme entendimento de que o sofrimento tem sua importância e seu papel na ação de Deus na vida de suas criaturas. A partir do momento em que uma legislação libera semelhante conduta, na extensão que for, está se fechando e impedindo a ação de Deus na vida destas pessoas. Não se impõe, em momento algum, a perspectiva religiosa ao estilo de vida das pessoas, o que se impede é que legislações (que afetam a vida de todos indiscriminadamente) impeçam o fluxo da vida e dos acontecimentos (é por isso que os ativistas pró-aborto não trabalham a concepção de Direito Natural), pelo simples fato de um ou outro dispensar o

⁴⁰ DWORKIN, 2003, Pg. 18

sofrimento, não quererem ‘carregar suas cruzes’ – para a visão religiosa, impondo à coletividade o seu estilo de conduta⁴¹.

Sabemos que, além da função coercitiva, as leis têm função pedagógica, e esse é o verdadeiro motor dos doutrinadores conservadores em atacar a positividade destas condutas.

No que tange ao tema, Leslei Lester decorre com maestria:

“A dor faz parte da vida humana, desde as dores do parto das nossas mães, passando pelas doenças da vida até a morte. A dor, seja moral ou física, é uma constante na biografia humana e podemos dizer que é parte essencial do caminho de seu aperfeiçoamento como pessoa. Qualificar como digna a morte sem dor é um erro, pois não é a dor o elemento exclusivo a ser avaliado para qualificar a dignidade de uma morte. A dor e a morte serão dignas se bem aceitas e vividas pela pessoa, cuja dignidade nessa hora nasce da grandeza de ânimo com que as enfrenta. O que é digno do ser humano é ser tratado com os recursos médicos possíveis (analgésicos e demais medicamentos), o carinho de seus familiares e o devido atendimento religioso, que traz o consolo divino e a esperança na imortalidade”⁴²

Importante trazer novamente Ronald Dworkin para a defesa das teses contrárias à vida natural:

⁴¹ Nos pertinentes termos do professor Cristóbal Orrego, observamos como se dá essa imposição de valores por quem alega estar lutando apenas por liberdade, uma terrível inversão de valores muito comum nos dias de hoje: ***“El liberal político, so pretexto de que nadie debe imponer “su ética privada” a los demás, termina imponiendo su propia visión de mundo – global y determinante de sus principios de justicia – a toda la sociedad, incluso a una mayoría con una visión del mundo adecuadamente neutralizada. El liberal político puede ser un recién llegado a una sociedad mayoritariamente religiosa (judía, católica o musulmana), que grita a cada uno de sus interlocutores: “tu no debes imponer-me tus convicciones sobre el aborto!” Una vez que neutraliza a los convencidos, sólo subsiste como visión pública de “lo debido” la que se basa en las convicciones del liberal. Como hemos observado, esto equivale a decir: “tu no puedes imponerme tus convicciones...: yo impondré las mías! Ante ese modo de argumentar, que apela a la libertad individual para poner imponer a sociedades enteras unos estilos de vida permisivos y amorales, la única respuesta posible es resistir diciendo: “Sí puedo imponer las conductas externas basadas en mis convicciones sobre el aborto, aunque éstas sean también religiosas, porque no son exclusivamente religiosas, sino también la defensa justa de los más débiles contra el ariitrio de los más fuertes”***. Grifos próprios (MARTINS, 2005, Pg. 148)

⁴² MAGALHÃES, 2012, Pgs. 146-147

“A convicção de que a vida humana é sagrada talvez ofereça a mais poderosa base emocional para a oposição à eutanásia nas formas e nos contextos distintos que até aqui distinguimos. A Igreja Católica Romana é o adversário mais inflexível, mais vigilante e, sem dúvida, mais eficiente, tanto da eutanásia quanto do aborto. (Na verdade, como afirmei, a ênfase que alguns católicos importantes põem na coerência das concepções da Igreja sobre essas questões constitui, em si mesma, um argumento de que sua oposição ao aborto não depende do pressuposto segundo o qual o feto é uma pessoa com direitos e interesses.) (...).

Ao longo deste livro, uma de minhas principais afirmações tem sido a de que existe tanto uma interpretação secular quanto uma interpretação religiosa da ideia de que a vida humana é sagrada. Os ateus também podem sentir, instintivamente, que o suicídio e a eutanásia são problemáticos porque a vida humana tem valor intrínseco. Esses dois fatos – que os grupos religiosos se dividem quanto à eutanásia e que a santidade tem uma dimensão secular – sugerem que a convicção de que a vida humana é sagrada pode acabar fornecendo um argumento crucial em favor da eutanásia, e não contra ela.”⁴³

Aproveito o ponto do jurista para fazer a mais enfática das críticas, que já é uma preparação para o último capítulo deste trabalho. É citado exaustivamente por todos que defendem teses pró-aborto e pró-eutanásia, inclusive por muitos que compõem as mais altas cortes do país. Já foi analisado e criticado neste trabalho, mas aqui encontramos o clímax de sua teoria. Reserva um capítulo inteiro de 46 páginas de seu livro para fazer exatamente isso que resumiu em dois parágrafos: relativizar a sacralidade e, seguidamente, a santidade.

Não há um sentido comum para a santidade, um senso comum. Muitas vezes o autor decorre da sacralidade o “valor intrínseco”, como se o que cabe ao cristão com fé (sagrado) fosse equivalente ao que compreenderia um ativista pró-aborto (valor intrínseco)⁴⁴.

⁴³ DWORKIN, 2003, Pgs. 275-276

⁴⁴ Assim o professor Cristóbal Orrego resume o pensamento de Dworkin: *“El argumento de Ronald Dworkin puede sintetizarse así: La democracia occidental protege la libertad religiosa; el ejercicio de la*

2.6. PERSPECTIVA HERMENÊUTICA

Seguindo o entendimento de Sérgio Abdalla, agora no que concerne à hermenêutica da norma, escreve o autor:

“Art. 4º. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”

O artigo, como se vê, divide-se em duas partes, separadas em duas orações, cada uma das quais indicando adotar uma das doutrinas a respeito dos direitos do nascituro. Parecem, por isso, estabelecer normas contraditórias entre si.

À primeira vista, tudo faz crer que na primeira parte do artigo o Código adere à escola natalista, para logo a seguir, na segunda parte, aderir à escola concepcionista.

Considerando-se que, juridicamente, são pessoas apenas aquelas que são sujeitos de direitos e que a personalidade é um atributo das pessoas, o artigo estabelece normas contraditórias entre si. Uma ao reverso da outra. Esta repele aquela, anulando-se mutuamente. Diante disso, impõe-se uma interpretação sistemática, sob pena de se negar vigência ao próprio artigo de lei.”⁴⁵

libertad religiosa incluye la libertad de decisión sobre las cuestiones fundamentales relativas al valor sagrado de la vida humana, aunque la decisión se funde en convicciones éticas generales desvinculadas de la fe en un dios personal; la decisión de una mujer sobre abortar o no abortar, puesto que el feto humano no es una persona constitucional, es un tipo de decisión protegida por la libertad religiosa; por lo tanto, la legislación no puede castigar a una mujer coaccionándola para que no aborte o para que aborte. (...) El problema general de los argumentos abortistas que apelan a la libertad religiosa y de conciencia es que presuponen una concepción no compartida públicamente sobre el sentido y alcance de la misma libertad religiosa y de conciencia. Se trata, por tanto, como hemos dicho, de argumentos que fallan según el criterio que ellos mismos defienden como criterio político, a saber, que las decisiones públicas sólo deben basarse en “razones públicas” que todos puedan razonablemente compartir. Evidentemente, las personas razonables convencidas de que el aborto es un asesinato no pueden compartir un criterio de “libertad de conciencia” que permita a alguien cometer abortos – o asesinatos de cualquier tipo – por motivos de conciencia. Del mismo modo, una persona religiosa (v.gr., judía, Cristiana o musulmana) no puede razonablemente aceptar un concepto de libertad religiosa que implique adoptar como “confesión estatal” el agnosticismo o el ateísmo, posturas que excluyen los criterios religiosos de la vida pública.” Grifos próprios (MARTINS, 2005, Pg. 137/142)

⁴⁵ SEMIÃO, 1998, pg. 65

Essa leitura é habitual na academia. Os professores tendem a ver algum lapso de doutrina concepcionista na segunda parte do artigo (2º no Código Civil de 2002). O autor faz, em seguida, até uma análise morfossintática da oração para tentar abstrair algum entender que estivesse eventualmente obscuro. Não se faz necessário. O artigo todo é de ordem natalista. O fato de reservar direitos ao nascituro não faz do segundo período um ordenamento concepcionista. A personalidade civil só é garantida ao recém-nascido, e o fato de alguém não tê-la não quer dizer que não tenha direitos, não exclui necessariamente a possibilidade do ordenamento jurídico proteger seus direitos. O ordenamento se propõe superior a qualquer acepção jurídica de termos para proteger direitos imanentes (como ocorre com os embriões de tartaruga, ou detêm estes embriões personalidade civil por não ter nada contradizendo isso em lei?).

Analisando os termos utilizados pelo Autor, o fato de Kelsen dizer que pessoa é apenas aquela que é sujeito de direitos já constitui o “entendimento jurídico”? Entendimento afastado de todos os outros, como a filosofia?

Há um esforço em muitos juristas em distinguir o Direito da Filosofia, e, logo, da Moral. Vejamos os termos trazidos por Leslei Lester:

*“Para MacIntyre, a rejeição iluminista da ética das virtudes [Aristóteles] foi o próprio mote para a falta absoluta de consenso moral na sociedade moderna, e o fracasso de seu projeto de dar uma fundamentação dita “racional” à moralidade levou ao relativismo moral reinante. De outra sorte também é produto da rejeição do conceito de natureza e de pessoa na sua acepção clássica, o que impede o debate racional das questões fundamentais como aquelas relativas à bioética e aos direitos humanos.”*⁴⁶(Grifos próprios).

O resultado alcançado pelos iluministas é o obscurecimento do debate racional de questões fundamentais. É exatamente isso que ocorre hoje nos debates acerca do Direito à Vida. Há uma grande ignorância de todo conhecimento clássico, toda filosofia já desenvolvida pela humanidade e acabam por se propor inauguradores de uma nova era.

⁴⁶ MAGALHÃES, 2012, pg. 29

3. INTERPRETAÇÃO DE TEXTOS TEOLOGAIS – CRÍTICA À ABORDAGEM DE RONALD DWORKIN

O presente capítulo final consistiria na análise da jurisprudência referente ao uso de células embrionárias para uso em pesquisa científica, a saber, a ADIN 3510/DF, julgada em 2008 no STF. Na ocasião, como jamais houve até então e desde então, as portas do Supremo foram abertas para manifestação de especialistas e estudiosos diante dos ministros, sendo que sempre houve, entre os que se manifestaram no Supremo, uma maioria favorável e uma minoria contrária ao uso das células tronco em pesquisas⁴⁷.

Como vivemos numa era em que predomina a ideia de que a Religião impede o desenvolvimento da ciência, não foi difícil para os cientistas ali presentes deixarem o entendimento de que aqueles embriões já constituídos teriam um destino irreparável, o lixo, e que teriam muito mais utilidade se deteriorados para utilização de suas células com capacidades pluripotenciais. Vejamos, o entendimento jurisprudencial foi desenvolvido não pelos princípios do Direito, mas pelas circunstâncias e conveniências da decisão.

Sabemos o quanto a Lei e o entendimento jurisprudencial tem poder organizacional e pedagógico sobre a sociedade, e assim mesmo a decisão foi tomada em função da circunstância (geração de embriões para fertilização sem qualquer razoabilidade legal ou ética). Sem dúvida o estudo deste julgado (e como o

⁴⁷ No que concerne à desorientação geral quanto ao tema, somado ao oportunismo de se tratar de semelhante matéria atinente ao Direito à Vida num contexto de mera regularização do uso de transgênicos na agricultura, observa o professor Dernival Brandão: *“Os meios de comunicação nem sempre participam do processo com isenção; muitas vezes com desinformação, prejudicial à própria ciência. A manipulação da informação e das estatísticas tem uma enorme força de persuasão. Recentemente em nosso país foi incluído em um projeto de lei relacionado à agroindústria de transgênicos, um artigo estranho ao assunto, que decidia sobre a vida dos embriões humanos. Os meios de comunicação mantiveram mal informados o público e o próprio poder legislativo, com uma propaganda enganosa sobre as células tronco embrionárias. O resultado foi uma lei sobre transgênicos autorizando o uso de seres humanos vivos em pesquisas, agredindo a própria dignidade humana.”* Grifos próprios (MARTINS, 2005, Pg. 568). Daqui vemos como o debate honesto é praticamente inexistente e os grupos e pessoas favoráveis ao uso da vida humana em pesquisas usam meios ardis para implementar suas políticas contrárias à vida humana.

pensamento dos ministros foi condicionado e imposto por circunstâncias favoráveis àquela decisão) é de importância ímpar para a compreensão do estado em que o Direito à Vida está sendo negligenciado e atropelado por nossa sociedade contemporânea; contudo, decidi dedicar este capítulo final à própria sustentação filosófica dos que defendem a maleabilidade deste direito.

Estudando os votos dos ministros do STF, logo se observa que os mais fervorosos defensores do uso da vida dos embriões baseiam seus votos no doutrinador norte-americano, Ronald Dworkin. Ele já foi criticado neste trabalho, mas a raiz de muitas incompreensões desenvolvidas no meio acadêmico (como a de que São Tomás de Aquino era favorável ao aborto) e que ele deu vazão encontra-se no capítulo de seu livro “O domínio da vida”, no capítulo “Moralidade do aborto” sob o item “Religião”.

Aqui o autor faz o que, ao ler seu texto, pode passar despercebido e de pouca importância; contudo, suas conclusões são extremamente influentes no mundo jurídico e aqui serão analisadas detalhadamente.

Neste item o autor trabalha o texto de santos da Igreja (Santo Agostinho, São Jerônimo e São Tomas de Aquino) e faz leituras de trechos específicos, atribuindo interpretações que, se não trazem certeza do posicionamento dos santos, trazem dúvidas quanto ao posicionamento contrário do que afirma. Ronald Dworkin faz várias assertivas sobre o Doutor angélico sem uma única citação deste, chegando à conclusão (bastante difundida na academia, na sociedade e nos tribunais) de que São Tomas de Aquino defende o aborto.

É praticamente impossível estudar toda obra de São Tomas de Aquino para afirmar categoricamente seu afeto à vida (indubitável como veremos), contudo, o ônus da prova cabe ao que alegou, no caso, o autor, **que não traz nenhum texto do santo ao seu trabalho.**

Vejamos a terminologia adotada pelo jurista norte-americano para dar interpretação própria aos textos dos santos católicos:

“O aborto era comum no mundo greco-romano, mas já em seus primórdios o cristianismo o condenou. No século V, Santo Agostinho referiu-se como ‘prostitutas’ às mulheres, inclusive às casadas, que para evitar as consequências do sexo ‘procuram venenos que as esterilizem e, quando estes não funcionam, destroem de algum modo o feto que trazem no útero, preferindo que seu filho morra antes de chegar a viver ou, se já estava vivo no útero, que seja morto antes de nascer’. Nenhuma das primeiras denúncias contra o aborto pressupunha que o feto havia sido animado – dotado de alma por Deus – no momento da concepção. Santo Agostinho declarou-se inseguro quanto a esse ponto e assim admitiu que nos abortos feitos no início da gravidez um ‘filho’ pode morrer ‘antes de chegar a viver’.”⁴⁸

Santo Agostinho viveu no século V da nossa era. Para se ter uma ideia, vivia a Europa ainda sob o domínio do Império Romano. Os conhecimentos anatômicos eram limitadíssimos. **Hoje, se encontrarmos uma célula em outro planeta far-se-á um magno festejo aqui na Terra porque se encontrou ‘vida’ em outro planeta. Já o organismo composto no ventre da mulher tem sua natureza de ‘vida’ questionada pelos juristas pró-aborto.** Pela linguagem corrente, ainda hoje, após o nascimento, usamos expressões como ‘deu a luz’ ou ‘nasceu com vida’. O autor norte-americano faz supor que a vida só ocorre após o nascimento, mas o próprio Doutor da Igreja é claro ao dizer *“(...) preferindo que seu filho morra antes de chegar a viver ou, se já estava vivo no útero, que seja morto antes de nascer”*. A vida já existe antes do nascimento. É claro e evidente pelos próprios termos adotados. A concepção agostiniana de vida é muito mais complexa do que nos faz supor Ronald Dworkin⁴⁹.

⁴⁸ DWORKIN, 2003, Pg. 55

⁴⁹ Analisa o Santo Doutor da patrística: *“Que la misma sabiduría de Dios, por quien fueron creadas todas las cosas, conocía aquellas primeras, divinas, inmutables y eternas razones antes de hacerlas, lo confirma la sagrada Escritura al decir: ‘En el principio era el Verbo, y el Verbo estaba en Dios, y el Verbo era Dios y este era en el principio con Dios. Todas las cosas fueron hechas por El, y sin El nada fue hecho’. Luego, quien será tan demente que se atreva a decir que Dios hizo las cosas sin conocerlas? (...) También las palabras que siguen en el Evangelio confirman esta sentencia, pues añade el evangelista y dice: lo que fue hecho, en El era vida, y la vida era la luz de los hombres. Ciertamente las almas racionales, entre cuyo género el hombre fue hecho a imagen de Dios, no tienen luz verdadera y propia, sino el mismo Verbo de Dios, por quien fueron creadas todas las cosas, y del que pudieron hacerse participantes las almas al purificarse de toda inmundicia y error (...) Por lo tanto e há de puntuar de tal modo que cuando digamos todo lo que fué echo inmediatamente concluyamos, **en El es vida**. A saber: no en Sí, es decir, en su propia naturaleza, por la que se hizo que la creación y la creatura existiesen, sino en El es vida porque **en todas las cosas que fueron echas por El las conocía antes de hacerlas**. Y por esto no tiene vida en El del modo que la tiene en si misma la creatura que hizo, sino que*

O autor reclama que as primeiras denúncias contra o aborto (e aqui confirma que foram os cristãos na história os primeiros a se levantarem contra tal prática – daí hoje serem estes seus principais denunciadores) não afirmavam que havia alma no feto. Cientificamente, sabemos da impossibilidade de se afirmar tal conclusão; elas simplesmente não impunham matéria de fé, que é comum para os que compartilhem da mesma confissão religiosa, de que é a alma quem dá vida, ânimo ao organismo. Além do mais, não há por que fazê-lo, eles não pressupunham conversar com autores favoráveis à prática do aborto de quase dezesseis séculos mais tarde.

Adiante, ainda no mesmo período, o autor ressalta a insegurança de Santo Agostinho quanto ao tema. Qualquer um que estudou minimamente o Doutor da patrística sabe que essa ausência de certeza, por parte do Santo, parte muito mais da humildade do que da ausência de convicções próprias⁵⁰. Nesse ponto, o escritor norte-americano fala de uma “admissão” do aborto por parte de Santo Agostinho, mas, como se vê em seu texto, não traz o trecho em que o Doutor teria feito categoricamente tal afirmação, mas, pela citação ao texto original trazido ao seu, faz o leitor crer firmemente que Santo Agostinho previa o aborto, como se os filhos destas chamadas “prostitutas” estivessem passíveis de tais práticas.

Isso não está escrito no texto, mas é isso que se depreende de uma leitura apressada de um texto como este, que possui vários “fios soltos”, informações não encadeadas (como o fato de Santo Agostinho chamar estas mulheres

*la tiene en El cómo vida y luz de los hombres, la cual es la misma sabiduría de Dios y el mismo Verbo Unigénito del Padre. Por consiguiente, lo que fue hecho, en él tiene vida, del mismo modo que se dijo: como el Padre tiene vida en si mismo, así dio al Hijo tener vida en si mismo. No se há de pasar en silencio lo que está escrito en los códices más puros: ló que fue hecho, en El era vida. De tal modo que ‘era vida’ se entienda del mismo modo en el principio era el Verbo y el Verbo era en Dios, y el Verbo era Dios. Luego **todo lo que fué hecho, ya antes era vida en El, y no una vida cualquiera; puesto que las bestias se dice que viven**, y no obstante no pueden gozar de la participación de la Sabiduría; sin embargo, la vida era luz de los hombres, En efecto las almas racionales purificadas por su gracia pueden llegar a esta classe de visión, em cuya comparación no existe otra ni más excelente ni más bienaventurada. Mas si leemos y entendemos el pasaje del Evangelio así: ‘Todo lo que fue hecho, en El tiene vida’, confirma la sentencia de que todo lo que fué hecho por él se entiende que tiene vida en El; em cuya vida vio todas las cosas cuando las hizo, y como las vio, así las hizo. **No las vio fuera de sí mismo, sino en si mismo determino todas las cosas que hizo.**” Grifos próprios. (AGOSTINHO. 1957, Pg. 825/827).*

⁵⁰ Nas palavras finais da introdução da edição brasileira da obra prima de Santo Agostinho, Confissões: “É claro que Agostinho não buscava o belo pelo belo. Ao contrário, desdenhava uma procura desse gênero. Sua finalidade é confessar-se pecador e proclamar a soberana misericórdia de Deus. Sua grandeza não consiste em ser filósofo ou literato, mas em ter escrito suas Confissões como grande filósofo e literato que indubitavelmente era.” Grifos próprios. (AGOSTINHO, 2004, Pg. 12)

de prostitutas, ou das primeiras denúncias dos cristãos ao aborto não indicarem a animação do feto, ou ainda a “insegurança” de Santo Agostinho quanto ao tema) que criam no leitor esse falso contexto [“(...) e assim (...)”] de aprovação do aborto por parte deste grande Doutor da Igreja.

O que temos no texto de evidente é que o feto, para Santo Agostinho, não chega a “viver” se não nasce (e deste ‘viver’ pode-se modular vários conceitos, não necessariamente o mais profundo, de animação) e que o Santo detinha “insegurança” diante do tema. O resto são especulações até prova em contrário. A citação da citação sugere que foi o autor citado quem concluiu pela aprovabilidade do aborto por parte de Santo Agostinho; assim, Ronald Dworkin cita uma parte controversa que lhe convém, não cita nenhum texto específico em que o Doutor supostamente aprova o aborto e pode afirmar com segurança diante de seus leitores que o Santo aprovava o aborto não pela certeza dos termos, mas por assimilação contextual. Afinal, a responsabilidade não cai sobre seus ombros.

Logo em seguida, no mesmo trecho, a caneta do escritor norte-americano volta-se para outro Santo, São Jerônimo:

“São Jerônimo afirmou que ‘as sementes formam-se gradualmente no útero, e [o aborto] não é considerado homicídio enquanto os elementos dispersos não adquirem sua aparência e seus membros.”⁵¹

São Jerônimo é citado de passagem sem maiores delongas entre os dois grandes santos doutores da Igreja, ficando a impressão de que aprova o aborto. Quando, em nossa legislação, condenamos o aborto, o qualificamos por acaso como ‘homicídio’? Se assim o fosse, a pena das mães e dos ajudantes que cometem aborto seria, em média, dez vezes maior (em nosso ordenamento).

É lógico, por uma leitura paciente (o que dificilmente ocorre com quem está a favor do autor ou em eventual neutralidade, lendo um livro de 362 páginas) que o Santo apenas não qualificou o feto (ou embrião) enquanto homem. O

⁵¹ DWORKIN, 2003, Pg. 55

desconhecimento até biológico é evidente, o que não é de responsabilidade do Santo, mas dos rústicos conhecimentos da época. E por fim, logo em seguida, é a vez de reconhecer a desvirtualização as palavras de Santo Tomás de Aquino pela abordagem de Ronald Dworkin. Desta vez, sem qualquer citação de seus textos:

“O grande filósofo católico do século XIII, Santo Tomás de Aquino, afirmava categoricamente que o feto não tem uma alma intelectual ou racional no momento em que é concebido, mas que a adquire em algum momento posterior – quarenta dias no caso de um feto masculino, segundo a doutrina católica tradicional, e mais tarde no caso de um feto feminino.”⁵²

Vamos ao que realmente escreveu São Tomás de Aquino:

“Resposta à Terceira – O embrião tem, primeiro, a alma que é somente sensitiva; desaparecida essa, advém a alma sensitiva e intelectual, que é mais perfeita, como a seguir se mostrará mais plenamente.”⁵³

Da leitura do texto de Ronald Dworkin, depreende-se que o feto não tem alma na concepção, adquirindo em momento posterior, e assim, São Tomás de Aquino não seria a favor da tese da animação na concepção e, conseqüentemente, seria favorável ao aborto. Isso não condiz com o que afirma o Doutor da Igreja. **Como lê-se no texto de São Tomás, já há alma no conceito, por mais que não tenha a potencialidade intelectual, apenas a sensitiva.** A alma intelectual viria, somando-se à sensitiva, sendo ainda apenas uma. Ronald Dworkin distorce o pensamento Tomasiano e confere-lhe um entendimento distinto a esta grande referência do mundo cristão. Para compreendermos melhor a perspectiva de “alma intelectual” do Santo, voltemos aos seus originais:

⁵² DWORKIN, 2003, Pgs. 55-56

⁵³ AQUINO, 1980, Pg. 658

“Como pois, segundo já se disse, a alma intelectual contém, na sua virtude, aquilo que tem a sensitiva e ainda mais; a razão pode considerar separadamente o que pertence à virtude sensitiva como algo de imperfeito e material.”⁵⁴

Na filosofia medieval cristã, concebe-se a alma como constituída por três potencialidades, a saber: Inteligência, memória e vontade (concepção agostiniana da alma)⁵⁵. Será que para o santo, então, haveria a alma intelectual, a alma da memória e a alma da vontade? É elementar que não, senão não seria um filósofo cristão, pois como Deus é uno em sua essência (trino na pessoa), e somos feitos à sua imagem e semelhança, assim a alma também é uma, conforme aceção agostiniana, observada em citação anterior (veremos que, Santo Tomás, com seus termos, assim também entende).

Resta claro que, quando São Tomás de Aquino fala em alma intelectual, ele se refere à natureza racional da alma, inexistente na concepção. Esse, inclusive, é o entendimento corrente em nossa sociedade contemporânea, de que nem o embrião e nem o feto, até certa idade, possuem dons intelectuais ou aptidões racionais. Tudo isso se dá pelo fato do cérebro não estar minimamente desenvolvido, que é por onde se exprime a alma racional, intelectual⁵⁶. Segue Ronald Dworkin:

⁵⁴ AQUINO, 1980, Pg. 658

⁵⁵ Leciona Santo Agostinho: *“A alma racional vive de maneira contrária à sua natureza quando conforma sua vida à trindade do homem exterior, ou seja, quando se ajusta às coisas que do exterior informam o sentido corporal, não seguindo a vontade bem intencionada que a poderia direcionar a algo proveitoso. Entrega-se assim às coisas temporais com concupiscência e a elas se apegam. Isso porque, desaparecida a figura corporal que atuava sobre o sentido corporal, permanece na memória uma imagem desse objeto, imagem essa que pode levar a vontade a voltar-se novamente a ela com o olhar da alma. A informação passa-se assim para o interior, tal como do exterior o sentido era informado mediante o objeto sensível. Produz-se, desse modo, uma nova trindade produzida pela memória, pela visão interna e pela vontade que a ambas enlaça. Quando essas três coisas estão reunidas em um só todo, essa reunião é dita ser o pensamento – palavra cuja raiz lembra essa união.” “Portanto, dessas três faculdades (a memória, a inteligência e a vontade), duas delas: a memória e a inteligência contêm o conhecimento e a ciência de muitas coisas. E a vontade está lá para nos fazer gozar e usar dessas coisas. Gozamos do que conhecemos, quando a vontade repousa com complacência nessas coisas” Grifos próprios. (AGOSTINHO, 1994, Pg. 343/327).*

⁵⁶ No que concerne à manifestação de outra potencialidade da alma, temos, nos termos de Carlos Fernando Mathias de Souza: *“Dê-se a palavra à medicina. A médica Marlene Nobre (in Base Científica, artigo publicado em ‘O Globo’, de 29.5.05), com oportunidade observa: “Descobertas recentes da neurocientista Candace Pert demonstram que a memória está presente não somente no cérebro, mas em todo o corpo, através da ação dos neuropeptídeos, que fazem a interconexão entre os sistemas*

“Santo Tomás e quase todos os teólogos católicos posteriores rejeitaram a concepção de Platão de que uma alma humana pode existir de maneira totalmente independente e incorpórea, ou que pode combinar-se com qualquer tipo de substância. Segundo a concepção platônica, Deus podia combinar uma alma humana com uma rocha ou uma árvore. Santo Tomás aceitava, porém, a doutrina aristotélica do hilemorfismo, que sustenta que a alma humana não é uma substância independente e flutuante que possa ser combinada com qualquer coisa, mas que se relaciona logicamente com o corpo humano do mesmo modo que a figura ou a forma de qualquer objeto se relaciona logicamente com a matéria-prima da qual é feita. Nenhuma estátua pode ter uma determinada forma a menos que ela – a totalidade da pedra, da madeira, da cera ou do gesso – tenha essa forma. Nem mesmo Deus poderia fazer com que um grande bloco de pedra sem forma viesse a ter a forma do Davi de Michelangelo. Da mesma maneira, segundo esse ponto de vista, nada pode incorporar uma alma humana a menos que já seja um corpo humano, o que significava, para Santo Tomás e a doutrina católica posterior, um corpo com a forma e os órgãos de um ser humano. Santo Tomás, portanto, negava que a alma humana já estivesse impregnada no embrião que um homem e uma mulher criam juntos por meio do sexo. Esse embrião inicial, pensava ele, é apenas a matéria-prima de um ser humano cujo desenvolvimento é dirigido por uma série de almas, cada qual apropriada ao estágio que alcançou a cada qual corrompida e substituída pela seguinte, até que o embrião finalmente alcance o desenvolvimento necessário a uma alma claramente humana.”⁵⁷

Vejamos os originais de São Tomás de Aquino:

nervoso, endócrino e imunológico. Outras pesquisas já detectaram a presença no zigoto, de registros (imprints) mnemônicos próprios, que evidenciam a riqueza da personalidade humana, manifestando-se muito cedo, na embriogênese. O conjunto destes trabalhos demonstram a competência do embrião: capacidade para autogerir-se mentalmente, adequar-se a situações novas; selecionar situações e aproveitar experiências” (MARTINS, 2005, Pg. 159). Neste ponto, temos o estudo científico do que seria a manifestação da primeira potencialidade da alma, a memória. Adiante, na mesma citação, temos algumas sábias palavras advindas da ciência que reforça a tese desta monografia: “Se unirmos a Teoria do Planejamento a Teoria do Planejamento Inteligente a essas descobertas, concluiremos que a vida do embrião não pertence à mãe, ao pai, ao juiz, à equipe médica, ao Estado, mas exclusivamente a ele mesmo. Há, pois, fortes razões científicas para ser contra o aborto, mesmo do anencéfalo. Aprendemos, com a genética, que a diversidade é a nossa maior riqueza coletiva. E o feto, mesmo portador de grave deficiência, faz parte dessa diversidade e deve ser preservado e respeitado” (MARTINS, 2005, Pg. 159). Essas não são palavras de um teólogo ou religioso, mas de uma cientista.

⁵⁷ DWORKIN, 2003, Pg. 56

*“Solução – Platão, como refere Aristóteles, admitia que um mesmo corpo tem diversas almas, mesmo distintas pelos órgãos, aos quais atribuía as diversas operações vitais. Assim, a virtude nutritiva está no fígado; a concupiscível, no coração; a cognoscitiva, no cérebro. Mas Aristóteles rejeita essa opinião, quanto àquelas partes da alma, que usam de órgãos corpóreos, nas suas operações, baseado em que nos animais vivos ainda, quando cortados em partes, em cada uma delas se encontravam as diversas operações da alma, como a sensibilidade e o apetite. O que não se daria, se os vários princípios das operações da alma, diversos por essência, fossem distribuídos pelas diversas partes do corpo (...) Mas, **se admitimos que a alma está unida ao corpo, como forma, é absolutamente impossível existirem, no mesmo corpo, várias almas essencialmente diferentes.** O que se pode demonstrar por tríplice razão (...) Portanto, **é forçoso admitir que a alma sensitiva, intelectual e nutritiva é, no homem, uma só alma.**”⁵⁸*

Como vemos, o conceito de alma é concreto e unívoco para São Tomás de Aquino. Essa perspectiva tridimensional advém da perspectiva aristotélica de que as potencialidades da alma gerariam uma tipologia da alma, assim, um ser que apenas cresce - vegetal - teria uma alma nutritiva, um ser que tem sensações - animal - teria uma alma sensitiva (nutritiva e sensitiva) e já o ser com inteligência – homem – teria uma alma intelectual (nutritiva, sensitiva e intelectual). Não há qualquer “corrupção” ou “substituição” da alma presente no feto, tampouco um posterior advento de uma “alma claramente humana”. Essa relativização da perspectiva tomasiana em nada ajuda a entender a verdadeira concepção do Doutor angélico.

As conclusões de Ronald Dworkin não podem ser advindas de quem crê na vida eterna, como é o caso de São Tomás de Aquino. **Essas conclusões (quanto à alma “impregnar-se” apenas em corpos com forma e alma de ser humanos) são de quem crê que, se há alma no ser humano, ela é uma alma “humana”, como se a alma fora criada para o corpo, e não o corpo criado pela alma e para a alma. Como se fosse o próprio corpo a criar a alma – o que contradiria com a própria terminologia *anima*, quem anima, quem dá vida.** Essa não é, definitivamente, a conclusão de São Tomás de Aquino, como visto. Este acreditava que na concepção é que está infusão da alma ao corpo, por mais que não o nominasse explicitamente. O

⁵⁸ AQUINO, 1980, Pgs. 655-657. Grifos próprios.

fato de haverem animações sobrenaturais na teoria de Santo Tomás de Aquino (que não foram citadas e são muito mais complexas de se compreender do que falar em “substituições” das almas, como disse Ronald Dworkin) não afasta a infusão da alma ao corpo no momento da concepção.

Ainda no trecho de Dworkin, nós não sabemos claramente qual é o pensamento do santo e qual é o pensamento do autor. Certamente o pensamento de que Deus não pode fazer um bloco de pedra virar o Davi de Michelangelo não é do santo, pois ele acredita no Deus do impossível. Mas a abordagem de Ronald Dworkin deixa transparecer que esse pensamento é do santo. E, em seguida a essa observação, ele conclui que nada pode incorporar uma alma humana que não seja um corpo humano, apontando a autoria dessa conclusão a São Tomás de Aquino e à “doutrina católica posterior”. Não aponta nenhum documento, nenhum texto de qualquer santo, sendo essa uma conclusão de Aristóteles, e não do santo, apenas chegando à sua conclusão por mero encadeamento lógico desconexo, tirando significados de onde não existem. Vejamos a distância entre a concepção de Aristóteles e a de São Tomás de Aquino, direto de seu texto:

“3. Demais – O Filósofo [Aristóteles] diz que o embrião, antes de ser homem, é animal. O que não poderia ser, se as almas sensitiva e intelectual tivessem a mesma essência, porque então, seria animal, pela alma sensitiva e homem, pela intelectual.”⁵⁹

Este trecho é elucidativo. Para Aristóteles, não há uma “animação”, no sentido Cristão, com o advento do que seria a alma intelectual, **pois para ele o ser concebido também já é dotado de alma, mesmo que não seja de um homem - afirmação que São Tomás discorda categoricamente, o que confirma, de forma peremptória, que para ele o ser concebido sempre foi dotado de alma, e alma humana.** E, a seguir, a prova definitiva:

⁵⁹ AQUINO, 1980, Pg. 655

*“(...) as operações vitais, como sentir, nutrir-se e crescer, não podem provir de um princípio extrínseco. Por onde, **deve-se dizer, que a alma preexiste no embrião, sendo, a princípio, nutritiva; depois, sensitiva e, enfim, intelectual.**”⁶⁰*

Lembrando que este texto de Ronald Dworkin é extremamente influente e decisivo para o cotidiano de 190 milhões de brasileiros (fora a influência que tem mundo afora), em vista de sua repercussão nas cortes supremas e na academia brasileira.

No último parágrafo segue-se a incompreensão ao verdadeiro pensamento do santo doutor. É altamente improvável para um filósofo cristão medieval acreditar em uma “alma humana plena”⁶¹, porque, como dito, isso é um pensamento de quem crê que, ou o corpo cria a alma ou a alma foi criada para o corpo, como se o corpo fosse o determinante, e não sendo o corpo animado, desenvolvido pela alma. Isso não é um pensamento cristão, mas de Dworkin. Ali mesmo o autor afirma que a alma é essencialmente intelectual, mas este ‘hilemorfismo’ que ele aponta no santo não é de ninguém mais do que dele próprio; quer dizer que, se o organismo não tem condições de desenvolver uma potencialidade da alma (inteligência, memória ou vontade, para os filósofos cristãos), quer dizer que ela não exista? Esse pensamento é de ninguém mais que dele próprio, que acaba por parecer por um pensamento do Doutor angélico.

“Por muitos séculos a doutrina católica, seguindo Santo Tomás, sustentou que o aborto nas primeiras semanas de gravidez, antes que o feto esteja ‘formado’, não é um assassinato porque a alma ainda não se acha presente. Um manual de instrução, descrito como o mais influente livro para a instrução dos seminaristas no século XIX, ainda declarava: ‘Apesar de não dotado de alma, o feto se dirige para a

⁶⁰ AQUINO, 1980, Pg. 1013. Grifos Próprios.

⁶¹ Afirma Santo Agostinho: “Não suponha que a alma, pela progressão na virtude, creça com a idade do corpo. Não se trata de crescimento da alma no tempo, mas pela harmonia constante que a faz mais perfeita. Se uma noção é a de maior, outra a de melhor, e parecendo que a alma cresce com a idade, até chegar ao uso da razão, não acho que se torne maior, e sim melhor. E se isto se devesse ao tamanho do corpo, um sujeito alto e forte deveria ser mais prudente que os demais, e isso nem sempre acontece” (AGOSTINHO, 1997, Pg. 77)

formação de um homem; sua ejeção constitui, pois, um homicídio antecipado’. Contudo, apesar de não ser visto como um assassinato durante esse longo período, o aborto prematuro era certamente tido em conta de um grave pecado, como insiste a expressão ‘homicídio antecipado’. Ainda que São Jerônimo não acreditasse que um feto prematuro tivesse alma, e que Santo Agostinho se mostrasse em dúvida quanto a essa questão, nenhum deles estabeleceu qualquer distinção entre a pecaminosidade do aborto prematuro e a do tardio. Santo Agostinho condenava nos mesmos termos a contracepção, o aborto prematuro – antes que o feto ‘tivesse vida’ – e o aborto tardio.”⁶²

A doutrina católica de séculos está contida num manual de instrução de seminaristas do século XIX e que nem teve citada sua origem? (descrito como influente livro por quem?) Para fazer semelhante declaração deveria o autor ter trazidos documentos oficiais da Igreja para se basear.

Como observado acima, São Jerônimo não desacreditou da presença de alma no feto pelo trecho citado, e jamais Santo Agostinho teve ‘dúvidas’ sobre a alma no feto⁶³. Tanto que o escritor norte-americano conclui que Santo Agostinho condena, nos mesmos termos, um aborto tardio de um ‘prematuro’. Contradiz-se com seus próprios termos. A seguir, o encerramento desta série de assertivas críticas à abordagem de Ronald Dworkin:

⁶² DWORKIN, 2003, Pg. 59

⁶³ Difícil concluirmos por tal diante das palavras do próprio Santo Agostinho: “No es lícito dudar que Dios conocía a Jeremias antes de que le formara en el ventre de su madre, puese que clarísimamente lo dice: Antes de formarte en el vientre te conocí (...) En todas estas cosas los seres ya hechos recibieron los impulsos y medidas que tendrían en su tiempo, los que aparecieron en formas y naturalezas visibles, procediendo de las ocultas e invisibles razones que están latentes causalmente en la naturaleza; así es como apareció la hieba sobre la tierra y **fue hecho el hombre en alma viviente**” Grifos próprios. (AGOSTINHO, 1957, Pgs. 865-867). Observe-se: “foi feito o homem em alma vivente”, ou seja, a alma constitui, para Santo Agostinho, o substrato da vida humana. Por fim, mais à frente, um trecho que dirime qualquer dúvida: “Por lo tanto, después ‘formó Dios al hombre, que es polvo de la tierra o limo de la tierra; e inspiro o soplo en su faz espíritu de vida, y fue hecho hombre em alma viva’. No fué entonces predestinado, porque esto ya lo había sido antes del tiempo, em la presciência del Creador, ni tampoco fue entonces causalmente, o terminadamente incoado o incoadamente terminado, **porque esto tuvo lugar desde el comienzo del tiempo en las razones causales, cuando se creaban a un mismo tiempo, visiblemente en el cuerpo e invisiblemente en el alma, constando de cuerpo y alma**” Grifos próprios. (AGOSTINHO, 1957, Pg. 871). O Santo não diz em um corpo futuramente animado, mas em existência humana sob condição de haverem corpo e alma.

“Alguns filósofos católicos sugerem que as descobertas da biologia moderna encontram-se na origem dessa mudança, mas, como vimos, essas descobertas foram no mínimo capazes de levar os líderes religiosos a acreditar que a animação ocorre não antes, mas depois do momento assinalado por Santo Tomás de Aquino. Alguns historiadores sugerem uma inspiração mais teológica do que filosófica para a mudança de doutrina. Em 1854, Pio IX pronunciou o dogma da Imaculada Conceição, em cujos termos “a Virgem Maria foi, desde o primeiro instante de sua concepção, conservada sem mácula do pecado original”, o que parece pressupor que a Virgem tinha alma já a partir desse momento”

Como vimos, São Tomás de Aquino não determinou o momento da animação posterior à concepção, pois para ele a alma sempre esteve presente.

Ainda que houvesse a adoção integral das teorias aristotélicas por parte de São Tomás de Aquino (o que já vimos fartamente não ser verdade), uma de suas frases mais conhecidas e difundidas se aplicaria ao caso: **“Espero nunca ter ensinado nenhuma verdade que não tenha aprendido de Vós. Se, por ignorância, fiz o contrário, revogo tudo e submeto todos meus escritos ao julgamento da Santa Igreja Romana”**. Ou seja, o entendimento da Igreja, que jamais se modificou (e que hoje se encontra oficializado pelo dogma da Imaculada Conceição [Bula Ineffabilis Deus-1854] e por João Paulo II, em 1995 [Encíclica Evangelium Vitae]), vale para o santo, sendo seu pensamento ontem, hoje e sempre o mesmo, ou seja, o pensamento de que a alma é infundida ao corpo no momento da concepção, conforme ensina a Santa Igreja Católica.

Aqui se encerra a análise de pontos específicos, referentes à perspectiva teológica da obra de Ronald Dworkin, que foi feita para indicar equívocos que foram propagados nestes 10 anos de edição do livro “Domínio da Vida” e que muito influenciam hoje a justiça em nosso país e no mundo.

4. CONCLUSÃO

A conclusão do presente trabalho não poderia estar em outro sentido. Não há um real debate quanto ao Direito à Vida em qualquer lugar no mundo. Os pressupostos da religião e da moral são perseverantemente desrespeitados e ultrajados, havendo uma clara imposição de uma agenda que cria supostos posicionamentos antigos para a Igreja, relativiza a dignidade humana e a sacralidade da vida e amputa o debate em boa parte do mundo com a tese de que argumentos religiosos são de ordem privada.

Este é, sem dúvida, um dos temas mais polêmicos no mundo do Direito. O rigor e disciplina na epistemologia, a abstratividade, acuramento e refinamento filosófico na ontologia são requisitos essenciais para haver um real debate no campo do Direito à Vida. Quando surge um debate de amputação, de limitação do próximo, num sentido de real 'sabotamento argumentativo', daí já não teremos qualquer política legítima e democrática capaz de ser implementada.

A Igreja Católica tem o direito de falar e ter a sua voz escutada em qualquer assunto de relevância social seja nos valores, seja na Moral, seja no Direito, pelo próprio princípio da pluralidade. Esteja em seus púlpitos, em Tribunais ou em praça pública. Neste tema específico, principalmente depois de confirmada a utilização da sua imagem e a imputação de falsos entendimentos à sua perspectiva passada, como se houvera contradição com a atual.

O diálogo na academia é limitadíssimo, além da disposição dos mestres em expor suas opiniões serem também limitados. O diálogo é encoberto antes mesmo de qualquer gênese, e gradativamente, na legislação, a permissividade de práticas atentatórias ao Direito à Vida vai ganhando espaço sem haver qualquer possibilidade de demonstração íntegra de argumentações.

Não é este Direito que se está positivando gradativamente mundo afora que é o mais profundo anseio de uma sociedade que se propõe pluralista e democrática. Essa pluralidade que propõe os modernos juristas liberais

(notadamente os norte-americanos) nada mais é que a exclusão da religião, como se essa fosse atentatória à pluralidade. Contudo, sociedades cristãs e verdadeiramente pluralistas, como são as latino-americanas (mesmo com suas dificuldades, principalmente com a democracia) jamais permitirão essa amputação do debate em nome do falso pluralismo. Nosso continente, nas palavras do jurista italiano Massimo Vari⁶⁴, seguirá sendo o farol quem guia a humanidade na consolidação e na defesa do Direito à Vida em nossas sociedades.

⁶⁴ MARTINS, 2005, Pg. 174

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADI n. 3510/DF*. Rel: Min. Carlos Britto. 29 de maio de 2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 03 mar. 2013.

AGOSTINHO, Santo. **A Trindade – De Trinitate**. São Paulo: Editora Paulus, 1994.

AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. 17ª Ed. São Paulo: Editora Paulus, 2004.

AGOSTINHO, Santo. **Obras de San Agustin – En edición bilingüe. Tomo XV. Del Genesis a la Letra**. Madrid: La Editorial Católica S.A., 1957.

AGOSTINHO, Santo. **Sobre a Potencialidade da Alma – De Quantitate Animae**. Petrópolis: Editora Vozes, 1997

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica – Primeira Parte, Questões 50-119**. 2ª Ed. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, 1980

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida – Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenação). **Direito Fundamental à Vida**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

POLETTI, Ronaldo. **Constituição Anotada**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

POLETTI, Ronaldo. **Elementos de Direito Romano Público e Privado**. 1ª Ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1996.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os Direitos do Nascituro – Aspectos Cíveis, Criminais e do Biodireito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.